Münster i/W. 1934. No 5 Jur. Dis

Bare Gegenleistungen bei Fusionen

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der rechtswissenschaftlichen Doktorwürde
einer Hohen Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät
der Westfälischen Wilhelms-Universität
zu Münster i./Westf.

vorgelegt von

Friedrich Jacobs
aus Gevelsberg i./Westf.

1934
Druck: Heinrich Pöppinghaus o. H.-G., Bochum-Langendreer.

Referent: Herr Professor Dr. Naendrup
Korreferent: Herr Professor Dr. His.

R. UNIV. BIBLIOTHEEK LEIDEN

Meinem Vater

Inhaltsverzeichnis.

		Seite
Kapitel 1.	Der Wortlaut der §§ 305 und 306 HGB. ist nicht völlig eindeutig	3- 7
Kapitel 2.	Dem Sinn des Gesetzes entspricht nur ein durch ausschließliche Aktiengewährung gekennzeichneter Fusionsbegriff	8-24
Kapitel 3.	Die unmittelbare Anwendung der Fusionsvorschriften auf Verträge, die durch den engen Fusionsbegriff des Gesetzgebers nicht mehr erfaßt werden, läßt sich auch nicht durch Heranziehung der Grundsätze über gemischte Verträge rechtfertigen . . .	25-29
Kapitel 4.	Eine entsprechende Anwendung der gesetzlichen Fusionsvorschriften auf Verschmelzungen, bei denen neben Aktien bare Gegenleistungen gewährt werden, ist nur auf dem Wege über eine erlaubte „Gebotsberichtigung“ denkbar	30-33
Kapitel 5.	Eine eingehende Betrachtung der §§ 303 bis 306 HGB. läßt als Hauptzweck des Gesetzgebers das Streben erkennen, die Verwertung geschlossener Unternehmen zu erleichtern und die Liquidation dort zu vermeiden, wo in anderer Weise für einen völlig gleichwertigen Gläubigerschutz gesorgt ist. Die Schutzvorschriften des § 306 gewähren einen solchen jedoch nur dann, wenn durch möglichst weitgehende Beteiligung der Aktionäre der aufgelösten A.-G. an der übernehmenden A.-G. die Interessen beider Personenkreise eng miteinander verknüpft werden . . .	34-53

Kapitel 6. Nähere Umgrenzung der Fälle barer Gegenleistungen, in denen eine unechte Gesetzeslücke deshalb vorliegt, weil die Anwendung des § 303 HGB. hier den im Kapitel 5 festgestellten Zwecken des Gesetzgebers widersprechen würde 54- 72

Kapitel 7. Bei den in Kapitel 6 näher begrenzten Zuzahlungsfällen ist die durch Nichtanwendung des § 303 HGB. entstandene „unechte Lücke" durch entsprechende Anwendung der §§ 305 und 306 HGB. auszufüllen 73- 80

Kapitel 8. Der Kreis der in Kapitel 6 und 7 umgrenzten Fälle zulässiger barer Gegenleistungen kann aus anderen als den dort angestellten Erwägungen nicht erweitert werden 81- 87

Kapitel 9. Zusammenfassung des Untersuchungsergebnisses und Vergleich desselben mit den Ansichten, wie sie heute im Schrifttum vorwiegend vertreten werden 88- 95

Kapitel 10. Auch bei der Fusion mit Liquidation sind bare Gegenleistungen in etwa gleichem Umfange zulässig 96- 99

Anhang 1. Die Stellung der zur Vorbereitung einer Reform des Aktienrechtes eingesetzten Kommissionen und der vom Reichsjustizministerium zu diesem Zwecke herausgegebenen Entwürfe zu der behandelten Frage 100-107

Anhang 2. Allgemeine Angaben und Fusionsbeispiele . 108-112

Abkürzungen.

ADHGB. = Allgemeines Deutsches Handelsgesetzbuch von 1861.
Arch. ziv. Prax. = Archiv für die zivilistische Praxis.
Holdheim = Holdheims Monatsschrift für Handelsrecht und Bankwesen.
Iher. Jahrb. = Iherings Jahrbuch für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts.
JW. = Juristische Wchenschrift.
LZ. = Leipziger Zeitschrift für Deutsches Recht.
RGZ. = Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
ZBlHR. = Zentralblatt für das gesamte Handelsrecht.
ZHR. = Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Konkursrecht, begründet von Goldschmidt.

Im übrigen vergl. das Literaturverzeichnis!

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41547226_0098

Literaturverzeichnis.

. F. Abraham: „Finanzielle Transaktionen und ihre Stempelpflicht', in Holdheim, 15. Jhrg.

nwaltverein: Bericht des Ausschusses des Deutschen Anwaltvereins für Aktienrecht zum Regierungsentwurf. Druckschriften des Deutschen Anwaltvereins Nr. 36.

— Antworten des Deutschen Anwaltvereins auf die Fragen des Reichsjustizministers. Druckschriften des Deutschen Anwaltvereins Nr. 20 und 22.

. Auerbach: „Die Wirkungen einer Fusion nach § 306 HGB." Dissertation Gießen 1911.

. Auerbach: „Das Aktienwesen", Frankfurt 1863.

. O. Bachmann: „Die Verschmelzung von Aktiengesellschaften". Dissertation Marburg 1922. (Schreibmaschine, im Auszug gedruckt.)

F. Behrend: „Lehrbuch des Handelsrechts" 1. Bd. Berlin 1896.

. Brand: „Das Handelsgesetzbuch mit Ausschluß des Seerechts" Berlin 1911.

Breit: „Fusion und Aktienrechtsreform" in der Zeitschrift f. d. ges. Handels- u. Konkursrecht, Bd. 94 S. 356 ff. und Bd. 95 S. 1—51 und 337—442.

. Brodmann: Gewerbe- und Industrie-Kommentar, Band IV: „Aktienrecht" 1928.

— „Warum sind bei Fusionen Zuzahlungen wider das Gesetz?" im Zentralblatt für Handelsrecht (ZBlHR.) Jrg. 2, S. 124 ff.

— „Die Sanierung unseres Aktienwesens" Berlin u. Leipzig 1931.

— „Über den Bericht der Aktienrechtskommission des Juristentages" ZHR. Bd. 94 S. 31 ff.

. Busch: „Die Fusion der Aktiengesellschaften", Dissertation Leipzig 1908.

. Cosack: „Lehrbuch des Handelsrechts" 2. Aufl. 1893.

— „Lehrbuch des Handelsrechts" 3. Aufl. 1930.

Cosel: „Die Fusion von Aktiengesellschaften", Dissertation Würzburg 1921. (Schreibmaschine)

. Däbritz: „Die Fusion von Aktiengesellschaften", Dissertation Leipzig 1908.

Danz: „Rechtsprechung nach der Volksanschauung und nach dem Gesetz" in Iher. Jahrb. Bd. 54, S. 1—82.

— „Richterrecht", Berlin 1912.

Denkschrift zum Entwurf eines Handelsgesetzbuches und eines Einführungsgesetzes in der Fassung der dem Reichstag gemachten Vorlage, Berlin 1897.

R. Döge: „Fusion von Aktiengesellschaften", Dissertation Leipzig 1908.

Entwurf: „Amtlicher Entwurf eines Gesetzes über Aktiengesellschaften und Kommanditgesellschaften auf Aktien sowie Entwurf eines Einführungsgesetzes", Reichs- und Staatsverlag Berlin 1931.

— „Entwurf eines Gesetzes über Aktiengesellschaften und Kommanditgesellschaften auf Aktien sowie Entwurf eines Einführungsgesetzes nebst erläuternden Bemerkungen". Veröffentlicht durch das Reichsjustizministerium, Berlin 1930.

— „Entwurf eines Handelsgesetzbuches für die preußischen Staaten nebst Motiven", Berlin 1857.

Enneccerus: „Lehrbuch des bürgerlichen Rechts", 13. Bearbeitg. 1. Bd. „Allgemeiner Teil" bearbeitet von Nipperdey, Marburg 1931. (Zitiert: Enneccerus-Nipperdey). 2. Bd. „Das Recht der Schuldverhältnisse" bearbeitet von H. Lehmann, Marburg 1930 (Zitiert: Enneccerus-Lehmann).

Esser: „Vereinigung einer OHG. mit einer A.-G." in Holdheim, 3. Jrg. 1894 S. 430 ff.

R. u. F. Esser: „Die Aktiengesellschaft" 2. Aufl. Berlin 1899.

R. Fischer: „Handbuch des gesamten Handelsrechts", herausgegeben von V. Ehrenberg, 3. Bd. 1. Abteilung, 3. Kapitel „Die Personenvereinigungen" bearbeitet von R. Fischer, Leipzig 1916.

E. Fix: „Fusion von Aktiengesellschaften", Dissertation Frankfurt 1928.

Flechtheim: „Die Strukturwandlungen der Wirtschaft und das Aktienrecht", Gutachten für den Enquête-Ausschuß.

R. Förtsch: s. unter Puchelt.

H. Friedländer: „Aktienrecht", 1932.

J. Fritz: „Durchführung einer Fusion nach § 306 HGB." in Zeitschrift für Betriebswirtschaft 5. Jrg. 1928, S. 99 ff. und S. 161 ff.

C. Gareis: „Das deutsche Handelsrecht", Berlin 1892, „Lehrbücher des deutschen Reichsrechts" Bd. 4.

C. Gareis u. O. Fuchsberger: „Das Allgemeine deutsche Handelsgesetzbuch", Berlin 1891.

K. Geiler: „Die wirtschaftlichen Strukturwandlungen und die Reform des Aktienrechts", Bericht, erstattet der 3. Arbeitsgruppe des 1. Unterausschusses für allgemeine Wirtschaftsstruktur des Ausschusses zur Untersuchung der Erzeugungs- und Absatzbedingungen der deutschen Wirtschaft. (Enquête-Ausschuß.) Berlin 1927.

A. Gern: „Die Fusion von Aktiengesellschaften nach deutschem Handelsrecht", Dissertation Erlangen 1907.

K. Geyer: „Fusion zweier Aktiengesellschaften", Dissertation Leipzig 1907.

S. Goldmann: „Das Handelsgesetzbuch vom 10. Mai 1897". 2. Bd. Berlin 1905.

R. Goldschmidt: „Die sofortige Verschmelzung von Aktiengesellschaften unter besonderer Berücksichtigung der Reformfragen" in "Rechtsvergleichende Abhandlungen", herausgegeben von H. Titze u. M. Wolff, Bd. 6. Berlin 1930.

Fr. Goldschmit: „Die Aktiengesellschaft" (Handelsgesetzbuch §§ 178—319 Handausgabe mit Erläuterungen, München 1927.

Hachenburg: „Die Beziehungen zwischen dem geltenden Aktienrecht und der heutigen deutschen Wirtschaft", Gutachten für den Enquête-Ausschuß.

— „Sind bei der Fusion zweier Aktiengesellschaften neben der Gewährung von Aktien auch andere Leistungen zulässig?" in LZ. 5. Jhrg. 1911, Sp. 646—656.

O. Hafner: „Die Fusion im Sinne des § 306 HGB.", Dissertation Erlangen 1910.

v. Hahn: „Kommentar zum Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuch", 3. Aufl. Braunschweig 1877.

Ph. Heck: „Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz" in Arch. ziv. Prax. Bd. 112.

Hergenhahn: „Ein Fusionsvertrag zwischen einer Aktiengesellschaft und einer OHG., insbesondere die rechtliche Natur eines solchen", im Archiv für Bürgerl. Recht, 9. Bd. 1894.

Heymann (Bremen) „Aktienrechtliche Fusion" in ZHR. Bd. 92, S. 217 ff.

H. Hoeniger: „Untersuchungen zum Problem der gemischten Verträge" 1. Bd. „Die gemischten Verträge in ihren Grundformen", 1910.

M. Homburger: „Neugestaltung des Aktienrechts" (Zur Kritik des Vorentwurfs.) Berlin 1931.

M. Hommelsheim: „Die Veräußerung des Vermögens einer Aktiengesellschaft im Ganzen", Dissertation Leipzig 1908.

H. Horrwitz: „Das Recht der Generalversammlungen der Aktiengsellschaften und der Kommanditsgesellschaften auf Aktien". Berlin 1913.

Hueck: „Sind bei einer Fusion Barzahlungen an die Aktionäre der aufzunehmenden Gesellschaft zulässig?" in ZBlHR. 5. Jhrg. S. 278 ff.

J. Junck: „Sind bei der Fusion (Verschmelzung) zweier Aktiengesellschaften neben der Gewährung von Aktien auch andere Leistungen zulässig?" in LZ. 1924, Sp. 489 f.

— „Über Umwandlung von Gesellschaften" in Iher. Jahrb. Bd. 77, 1927.

Juristentag: „Bericht der durch den 34. Deutschen Juristentag zur Prüfung einer Reform des Aktienrechts eingesetzten Kommission". Herausgegeben von der ständigen Deputation des Deutschen Juristentages, 1928.

J. Kahn: „Die Fusionen in Deutschland unter besonderer Berücksichtigung der Fusionen der Jahre 1918—1921", Dissertation Freiburg 1924. (Schreibmaschine)

H. Keyßner: „Allgemeines Deutsches Handelsgesetzbuch", 1878.

Géza Kiß: „Gesetzesauslegung und ungeschriebenes Recht" in Iher. Jahrb. Bd. 58 (1911).

Koenige: „Handausgabe des Handelsgesetzbuchs vom 10. Mai 1897. 2. Aufl. 1929. Bearb. von Koenige, Teichmann, Kochler.

P. Korff: „Fusion", Dissertation Erlangen 1909.

C. Kraemer: „Die Fusion mit sofortiger Verschmelzung nach dem Handelsgesetzbuch", Dissertation Leipzig 1910.

K. Kramer: „Vergleich des Falles, daß eine A.-G. das Unternehmen einer anderen A.-G. käuflich erwirbt, mit dem Falle der Fusion zweier Aktiengesellschaften", Dissertation Greifswald 1913.

K. Lehmann: „Lehrbuch des Handelsrechts" 2. Aufl. 1912.

— „Das Recht der Aktiengesellschaften" Bd. 2. 1904.

— K. Lehmann u. V. Ring „Das Handelsgesetzbuch für das Deutsche Reich" 2. Aufl. 1913. 2. Bd., bearbeitet von K. Lehmann.

S. Löbenstein: „Die Fusion der Aktiengesellschaften nach geltendem deutschen Recht", Dissertation Straßburg 1909.

H. Löwenfeld: „Das Recht der Aktiengesellschaften, Berlin 1879.

W. Ludewig: „Hauptprobleme der Reform des Aktienrechts", Marburg 1929.

H. Makower: „Das Allgemeine Deutsche Handelsgesetzbuch" 8. Aufl. Berlin 1880.

F. Makower: „Handelsgesetzbuch mit Kommentar", ursprünglich herausgegeben von H. Makower, 13. Aufl. 1906 (2. Aufl. der Neubearbeitung.)

F. W. Marquardt: „Die Fusion nach § 306 HGB.", Dissertation Jena 1912.

Materialien zum Handelsgesetzbuche für das Deutsche Reich und dem Einführungsgesetz. Berlin 1897.

H. Naendrup: „Rechtsscheinswirkungen im Aktienrecht" in „Arbeiten zum Handels-, Gewerbe- und Landwirtschaftsrecht" herausgegeben von Prof. H. Heymann, Berlin, Nr. 62: „Beiträge zum Wirtschaftsrecht" herausgegeben von Klausing, Nipperdey u. Nußbaum, S. 825 ff.

A. Nußbaum: „Aktionär und Verwaltung" in „Gesellschaftsrechtliche Abhandlungen" Heft 8.

A. Nußbaum: „Die Fragebogen des Reichsjustizministeriums“ in ZBlHR. 4. Jhrg. S. 127 ff.

O. Netter: „Die Fragebogen des Reichsjustizministeriums zur Reform des Aktienrechts“ in ZBlHR. 4. Jhrg. S. 161 ff. und S. 321 ff.

J. Petersen und W. v. Pechmann: „Gesetz betreffend die Kommanditgesellschaften auf Aktien und die Aktiengesellschaften vom 18. Juli 1884“. Leipzig 1890.

A. Pinner: „Das deutsche Aktienrecht“, Kommentar zu Buch 2, Abschnitt 3 und 4 des HGB. vom 10. Mai 1897“. Berlin 1899.
im übrigen vergl. unter Staub!

Planck: „Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch“ I. Band: „Allgemeiner Teil“, 4. Aufl. 1913. Einleitung, bearbeitet von P. Knoke. (zitiert: „Planck-Knoke“).

v. Ploetz: „Die Rechtsverhältnisse der fusionierten A.-G.“, Dissertation Greifswald 1916.

Primker: in „Handbuch des deutschen Handels-, See- und Wechselrechts“ herausgegeben von W. Endemann, Leipzig 1881.

Protokolle der Kommission zur Beratung eines allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuchs, im Auftrage dieser Kommission herausgegeben von J. Lutz. Würzburg 1861.

Puchelt: „Kommentar zum ADHGB.“ 1. Aufl. 1874.
— 4. Aufl., bearbeitet von R. Förtsch, Leipzig 1893.

Regelsberger: „Gesetz und Rechtsanwendung“ in Jher. Jahrb. Bd. 58 (1911). S. 146 ff.

H. Reichel: „Gesetz und Richterspruch“, Zürich 1915.

Reichstag: „Stenographische Berichte über die Verhandlungen des Reichstages“, 5. Legislaturperiode, IV. Session, 1884, III. Bd. Anlagen, Aktenstück Nr. 21.

A. Renaud: „Das Recht der Aktiengesellschaften“ 2. Aufl. Leipzig 1875.

V. Ring: „Das Reichsgesetz betreffend die Kommanditgesellschaften auf Aktien und die Aktiengesellschaften vom 18. Juli 1884“. 2. Aufl. Berlin 1893.
— K. Lehmann und V. Ring „Das Handelsgesetzbuch für das Deutsche Reich“ 1. Bd., bearbeitet von Ring, Berlin 1902.

C. Ritter: „Das Handelsgesetzbuch mit Ausschluß des Seerechts“, Kommentar. 1. Aufl. 1910.

H. Roeckerath: „Fusion im Aktienrecht“, Dissertation Leipzig 1908.

M. Rümelin: „Gesetz, Rechtsprechung und Volksbetätigung auf dem Gebiet des Privatrechts“ im Arch. ziv. Prax. Bd. 122 (Neue Folge Bd. 2) S. 145 ff. und S. 265 ff.

M. Rümelin: „Die bindende Kraft des Gewohnheitsrechts und ihre Begründung", Tübingen 1929.

M. Rumpf: „Gesetz und Richter", Berlin 1906.

H. Sauerbrey: „Die Fusion von Aktiengesellschaften nach geltendem Handelsrecht", Dissertation Greifswald 1914.

v. Savigny: „System des heutigen römischen Rechts", 1840.

Schlegelberger: „Notverordnung und Reform" in JW. 1931, S. 2913 ff.

E. Schmalenbach: „Finanzierungen" 4. Aufl. 1928.

— „Die Technik der Fusionen" in „Zeitschr. für handelswissenschaftliche Forschung", 4. Jhrg. (1909/10) S. 49 ff.

C. Schmoelder: „Der Entwurf eines Gesetzes über Aktiengesellschaften und Kommanditgesellschaften auf Aktien" in JW. 1930, S. 2623 ff.

— „Die amtliche Enquête zur Vorbereitung der Reform des Aktienrechts" in JW. 1929, S. 1338 ff. und 2089 ff.

O. Schreiber: „Gemischte Verträge im Reichsschuldrecht" in Iher. Jhrb. 60. Bd. S. 106 ff.

W. Sommer: „Fusion zweier Aktiengesellschaften", Dissertation Heidelberg 1910.

H. Sommerfeld: „Zur Frage der Wertverrechnung bei Fusionen mit Hingabe von Aktien an die übernommene Gesellschaft" in „Zeitschrift für Handelswissenschaft und Handelspraxis" 1924, S. 150 ff.

A. Spieker: „Die Fusion von Aktiengesellschaften nach geltendem Reichsrecht unter Vergleichung mit den Fusionsbestimmungen fremder Handelsstaaten", Dissertation Erlangen 1925. (Schreibmaschine)

H. Staub: „Kommentar zum Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuch", 3. u. 4. Auflage, Berlin 1896.

— „Kommentar zum Handelsgesetzbuch", 6.—7. Auflage, Berlin 1900.

— Desgl., 8. Auflage, bearbeitet von A. Pinner, Berlin 1906.

— Desgl. 12.—13. Auflage, Berlin 1926. (zitiert: „Staub-Jonas".)

Stein: „Die Zivilprozeßordnung für das Deutsche Reich" 12.—13. Aufl., bearbeitet von M. Jonas. 2. Bd. 1926. (zitiert: „Stein-Jonas".)

G. Steinbeck: „Fusion nach HGB. §§ 305/306 unter Ausschluß der Versicherungsgesellschaften", Dissertation Leipzig 1911.

L. Stern: „Die Fusion unter besonderer Berücksichtigung des Konzernrechts", Dissertation Köln 1929.

H. Stoll: „Rechtsstaatsidee und Privatrechtslehre" in Iher. Jahrb. Bd. 76.

Thöl: „Das Handelsrecht" 1. Bd. 6. Auflage, Leipzig 1879.

v. Tuhr: „Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts", Leipzig 1910.

E. Tüscher: „Die Fusion und ihr Recht", Dissertation Münster 1925 (Schreibmaschine).

J. Ullmann: „Die Veräußerung des Vermögens einer Aktiengesellschaft im Ganzen", München und Leipzig 1915.

H. Vater: „Die Fusion unter Ausschluß der Liquidation nach § 306 HGB.", Dissertation Leipzig 1910.

Vierteljahreshefte zur Statistik des Deutschen Reiches, herausgegeben vom Statistischen Reichsamt.

v. Völderndorff: „Kommentar zum Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuch" von Anschütz u. v. Völderndorff, 2. Aufl., bearbeitet von Völderndorff, Erlangen 1885.

O. Wächter: „Das Handelsrecht nach dem Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuch", 2. Theil. 1866.

R. Wandschneider: „Die Fusion von Aktiengesellschaften nach dem Deutschen Handelsgesetzbuch §§ 305/306". Dissertation Rostock 1910.

J. B. Weber: „Vergleich des käuflichen Erwerbs des Unternehmens einer Aktiengesellschaft durch eine andere A.-G. mit der Fusion zweier Aktiengesellschaften", Dissertation Erlangen 1915.

W. Weisensee: „Die Fusion von Aktiengesellschaften nach den Bestimmungen der deutschen Gesetzgebung", Dissertation Erlangen 1929.

Wirtschaft und Statistik, herausgegeben vom Statistischen Reichsamt.

H. Wirtz: „Die Fusion des deutschen Handelsgesetzbuches", Dissertation Erlangen 1908.

Wiener: „Umwandlung und Fusion von Gesellschaften" in ZHR. Bd. 27 (1882) S. 331 ff.

E. H. Wustandt: „Die Fusion von Aktiengesellschaften, wirtschaftliche Stellung sowie rechtliche Behandlung nach deutschem und fremdem Recht", Dissertation Würzburg 1918.

v. Ziegler: „Fusion von Aktiengesellschaften nach dem geltenden deutschen Rechte" in Holdheim 18. Jhrg. 1909.

F. Zimmermann: „Über die sogenannte Fusion der Aktiengesellschaften" im „Archiv für Theorie und Praxis des Allgemeinen Deutschen Handelsrechts", herausgegeben von F. B. Busch, 6. Band 1865.

E. Zitelmann: „Lücken im Recht", Rektoratsrede vom 18. 10. 1902.

Einleitung.

Während der Nachkriegsjahre hat in der deutschen Wirtschaft das Streben, industrielle Unternehmen zu großen Einheiten zusammenzufassen, einen außerordentlichen Aufschwung erfahren, besonders aus dem Gedanken heraus, auf diesem Wege die notwendige Senkung der Produktionskosten zu erreichen und sich durch eine umfassende Absatzorganisation für kritische Zeiten zu wappnen. Handelt es sich, wie ja vorwiegend, um die wirtschaftliche Zusammenfassung der in der Rechtsform der A.-G. organisierten Unternehmen, so wäre es vom rechtspolitischen Standpunkt aus sehr zu begrüßen, wenn von dem im HGB. geregelten Institut der aktienrechtlichen Fusion in möglichst weitgehendem Umfange Gebrauch gemacht würde; denn durch die hier notwendige Verschmelzung dieser Unternehmen zu einer einzigen Rechtspersönlichkeit werden, im Gegensatz zu manchen von der Wirtschaft gewählten Konzentrationsformen, übersichtliche, auch von Außenstehenden zu überschauende Verhältnisse geschaffen. Diese Erwägung wie auch gewisse Mängel der gesetzlichen Regelung brachten es mit sich, daß die zur Reform des gegenwärtigen Aktienrechts gemachten Vorschläge dem gesamten Institut der Fusion größere Beachtung schenkten und wichtige Änderungen auf diesem Gebiet ins Auge faßten. Da aber die Durchführung der Aktienrechtsreform noch immer auf sich warten läßt, so erscheint es nicht zwecklos, in bezug auf eine einzelne Frage des Fusionsrechtes zu prüfen, wie weit das geltende Recht hier bereits eine gewisse Anpassung an wirtschaftliche Notwendigkeiten erlaubt.

Auf den ersten Blick könnte man meinen, daß die gewählte Einzelfrage als Thema einer nach Möglichkeit auch die größeren Zusammenhänge behandelnden Arbeit wenig geeignet sei, in Wahrheit jedoch zwingt gerade das Problem der Bar-

zahlungen bei Fusionen zur Auseinandersetzung mit den wichtigsten die Fusion beherrschenden Grundfragen und gibt in weitem Umfange Raum für eine allgemeine Behandlung derselben.

KAPITEL 1.

Der Wortlaut der §§ 305 und 306 HGB. ist nicht völlig eindeutig.

Wenn die Arbeit von baren Gegenleistungen bei Fusionen handeln will, so ist dabei an solche aktienrechtliche Verschmelzungsfälle gedacht, wo eine A.-G. — regelmäßig als die „aufzulösende A.-G." bezeichnet — ihr Vermögen als Ganzes an eine andere A.-G. — die „übernehmende A.-G." — überträgt und dabei dem Verschmelzungsvertrage gemäß als Gegenwert nicht lediglich Aktien der übernehmenden A.-G. sondern auch bare Leistungen erhält [1]). Gegenstand unserer Untersuchung wird die Frage sein, ob und inwieweit die in §§ 305 und 306 HGB. gegebenen Fusionsvorschriften auch für diese Fälle teilweiser barer Gegenleistungen maßgebend sind. Dabei wird sich die Arbeit in erster Linie mit der Form der sofortigen, unter Vermeidung einer Liquidation nach § 306 HGB. vorgenommenen Verschmelzung befassen müssen. Das ist schon dadurch geboten, daß diese Verschmelzungsform die vom Gesetz allerdings an die Spitze gestellte Fusion mit Liquidation nach § 305 HGB. an praktischer Bedeutung weit überragt. Weiter aber bietet auch

---

1) Eine Betrachtung solcher Geschäfte dagegen, in denen als Gegenwert seitens der übernehmenden A.-G. lediglich bare Leistungen versprochen und gewährt werden, kann nicht im Rahmen dieser Arbeit liegen: solche Vorgänge mögen in ihrem wirtschaftlichen Erfolge der Fusion vielfach ähneln, von dem gesetzlichen Fusionsbegriff, den die Gewährung von Aktien als Gegenleistung charakterisiert, werden sie in keiner Weise erfaßt. Die Fälle, wo seitens der übernehmenden A.-G. sowohl Aktien als auch bare Gegenleistungen gewährt werden, mag man wieder in zwei Gruppen zerlegen: zur ersten Gruppe gehören die Fälle, in denen nach dem Fusionsvertrage nur ein Teil der Aktionäre der aufzulösenden A.-G. Aktien, ein anderer Teil dagegen lediglich bare Abfindung erhält; zur zweiten Gruppe mag man dann die Fälle rechnen, in denen zwar jeder Aktionär der aufzulösenden A.-G. wenigstens eine Aktie der übernehmenden A.-G., daneben aber auch Barleistungen erhält. Die letzteren, eigentlichen „Zuzahlungsfälle" interessieren hier am meisten.

nur die erstgenannte Fusionsform die Möglichkeit, erschöpfend die Grundlagen der gesetzlichen Regelung klarzustellen, und läßt es als zweckmäßig erscheinen, die hier gewonnenen Erkenntnisse am Schluß, soweit als möglich, auf die Fusion mit Liquidation anzuwenden [2]).

Bei der Untersuchung der so gekennzeichneten Rechtsfrage kann allein das geltende Recht als Maßstab dienen (vgl. GVG. § 1 und RV. Art. 102). Zunächst ist der Wortlaut der Fusionsvorschriften darauf zu prüfen, ob er die geschilderten Fälle barer Gegenleistungen mitumfaßt [3]). Schließt die sprachliche Fassung der Vorschrift eine Mehrdeutigkeit in dieser Hinsicht nicht aus, so sind zur Ermittlung ihres Sinnes über den Wortlaut hinaus weitere Grundlagen heranzuziehen (Auslegung). Erst wenn sich auf Grund dieser näheren Untersuchung ergibt, daß die Vorschriften der §§ 305 und 306 unmittelbar die gekennzeichneten Tatbestände nicht erfassen, ist auf die Frage einzugehen, ob und inwieweit sich im Wege der Lückenausfüllung ihre entsprechende Anwendung dennoch rechtfertigt.

Die Vorschrift des § 305 HGB. erleichtert die Erhöhung des Grundkapitals einer A.-G. für den Fall, daß eine andere A.-G. ihr Vermögen als Ganzes an die erste, übernehmende A.-G gegen Gewährung von Aktien der letzteren überträgt. § 306 HGB. gewährt sodann „im Falle des § 305" die Möglichkeit, die an sich notwendige Liquidation durch Vereinbarung auszuschließen; sein Umfang bleibt also von dem des § 305 abhängig.

Die entscheidenden Worte „gegen Gewährung von Aktien" können, wenn man allein vom sprachlichen Standpunkt aus

---

2) Vgl. darüber Kap. 10.

3) U. E. ist eine solche Untersuchung des Wortlautes notwendige Voraussetzung für eine weitere Auslegung. Die Literatur spricht hier wohl von der „negativen Funktion des Wortlautes", man vgl. Heck im Arch. Ziv. Prax. Bd. 112, S. 132, und ähnlich von Tuhr „Der allgemeine Teil des deutschen bürgerlichen Rechts" S. 38 A 141. Etwas anders Rumpf „Gesetz und Richter" S. 137 f.

entscheidet, bedeuten, daß die gesamte Gegenleistung in Aktien bestehen muß; sie lassen aber auch noch die Deutung zu, daß zwar Aktien als Gegenleistung, nicht aber gerade als einzige Gegenleistung gewährt werden müssen. In der Sprache des Lebens würde man, um wirklich eindeutig die Notwendigkeit ausschließlicher Aktiengewährung auszudrücken, noch eine besondere Betonung, etwa durch Einschiebung von „nur" oder „ausschließlich" fordern [4]). Die Sprache des Gesetzes allerdings könnte vielleicht bei der ihr gebotenen besonderen Knappheit auf solche ausdrückliche Kennzeichnung verzichten, sie müßte dann aber durchaus gleichmäßig verfahren und sich in der bei gleicher Lage stets wiederkehrenden verkürzten Ausdrucksweise gewissermaßen eine technische Formulierung von ganz bestimmter Bedeutung schaffen. In Fällen wie dem unsrigen dürfte der Nachweis einer solchen technischen Spezialbedeutung an sich schon schwer zu führen sein, und selbst wenn er gelänge, müßte dann stets ein Rückgreifen auf weitere Grundlagen zur Erforschung des Gesetzessinnes gestattet sein; denn hier ist es ja bereits nicht mehr der Wortlaut allein, der diese Gewißheit völliger Eindeutigkeit gibt, man hat diese vielmehr erst durch eine „Auslegung" desselben gefunden, und bei der letzteren müssen sich alle in Frage kommenden Erkenntnisquellen gleichwertig gegenüberstehen. Der Satz des Paulus (Dig. 32. 25. 1.) „Cum in verbis nulla ambiguitas est, non debet admitti voluntatis quaestio" kann hier bereits nicht mehr gelten,

---

4) In der Literatur wird dies z. T. allerdings bestritten: vgl. z. B. Staub-Pinner, § 305 A. 3, S. 826; v. Ziegler, „Fusion von Aktiengesellschaften nach dem geltenden deutschen Recht" in Holtheim, 18. Jahrg. S. 62 und Hafner, „Die Fusion im Sinne des § 306 HGB." Diss. Erlangen 1910, S. 14. Überwiegend jedoch wird die Mehrdeutigkeit des Wortlautes zugegeben, auch von den Schriftstellern, die im Wege der Auslegung desselben schließlich doch zur Ablehnung einer unmittelbaren Anwendbarkeit der §§ 305 und 306 auf die Fälle barer Zuzahlungen gelangen; vgl. Horrwitz, „Das Recht der Gen.-Vers. usw." § 96 II, 3. S. 453; Hachenburg in LZ. 1911 Sp. 649; Junck in LZ. 1924 Sp. 494; Hueck in ZBl. HR. 5. Jhrg. S. 279; Tüscher „Die Fusion und ihr Recht", Diss. Münster 1925, S. 15 u. a.

mag man auch im übrigen seine Berechtigung nicht bestreiten [5]). U. E. besteht aber auch tatsächlich in unserem Falle kein solcher feststehender Sprachgebrauch des Gesetzes. Wenn Kramer, „Vergleich des Falles usw." Dissertation Greifswald 1913, S. 44, dies behauptet, so können wir ihm hierin nicht beipflichten; die Sprache des HGB. ist nicht so fein abgewogen, daß sich nicht das Wörtchen „nur" mehrfach auch dort fände, wo eine solche Einschiebung nicht gerade unbedingt geboten ist. (Man vergleiche etwa § 274 oder den von Weber, „Vergleich des käuflichen Erwerbes usw.", Diss. Erlangen 1915, S. 69 angezogenen § 298 Abs. 3 u. a.). Ebenso wenig durchschlagend erscheint der Versuch Kramers (a. a. O. S. 44), aus dem allgemeinen Sprachgebrauch der Gesetze wie auch des Rechtsverkehrs insbesondere bei entgeltlichen Geschäften zu beweisen, daß auch hier stets ohne besondere wörtliche Betonung Ausschließlichkeit der in Gesetz oder Vertrag bezeichneten Gegenleistung angenommen werden müsse. Vielmehr ist Weber (a. a. O. S. 68 f.) zuzustimmen, der ausführt, daß in allen von Kramer genannten Fällen im Gegensatz zu dem des § 305 stillschweigende Voraussetzung ist, daß die Parteien nicht anderweitige Vereinbarung trafen, und daß deshalb ein aus der Gleichsetzung der beiden — eben ungleichen — Fälle abgeleiteter Schluß ein Fehlschluß sein muß.

Endlich wird noch — beispielsweise von Brodmann [6]) — folgendes Argument für die völlige Eindeutigkeit des Wortlauts ins Feld geführt: Wenn das Gesetz von Veräußerung des Vermögens als Ganzes „gegen" Gewährung von Aktien spreche, so liege gerade in der Gegenüberstellung der Leistungen die Betonung der Ausschließlichkeit der Aktiengewährung; denn, so folgert Brodmann, würden neben Aktien etwa Geldzahlungen gewährt, so würde ein gewisser ideeller Teil des Vermögens

---

5) Ablehnend gegenüber diesem Grundsatz besonders Enneccerus-Nipperdey, § 50, S. 150, u. Reichel, „Gesetz und Richterspruch" S. 65.

6) „Warum sind bei Fusionen Zuzahlungen wider das Gesetz?" in ZBlHR. Jhrg. 2, S. 126.

eben nicht „gegen Aktien" sondern „gegen Geldabfindung" übertragen. Brodmann kommt zu diesem Schluß im Grunde nur deshalb, weil er die Fusion als ein notwendig rein gesellschaftsrechtliches Institut ansieht, das begrifflich jede andere Leistung verbietet, eine Behauptung, die u. E. bei der Frage nach dem „sprachlichen" Umfange des Wortlautes noch nicht berücksichtigt werden darf.

Hält man aber daran fest, daß die sprachliche Fassung der §§ 305 und 306 es nicht einwandfrei ausschließt, diese Vorschriften auf die geschilderten Zuzahlungsfälle unmittelbar zu erstrecken, so wird man nunmehr bei der „Auslegung" derselben allerdings nach weiteren Gründen forschen müssen, die etwa dennoch eine solche Erweiterung des Umfanges dieser Vorschriften verbieten.

KAPITEL 2.

Dem Sinn des Gesetzes entspricht nur ein durch ausschließliche Aktiengewährung gekennzeichneter Fusionsbegriff.

Folgt man bei der Auslegung der sog. „subjektiven" Theorie, so muß man bei der Entscheidung grundsätzlich auf den Willen des Gesetzgebers abstellen [1]). Da bei der Entstehung des HGB. eine ganze Reihe von Faktoren, insbesondere Personenmehrheiten, mitwirkten, wird die in diesem Abschnitt zu beantwortende Frage dahin lauten müssen, ob nach den bei der Entstehung des HGB. maßgebenden Vorstellungen die Vorschriften der §§ 305 und 306 unmittelbar auch für die Fälle gelten sollten, in denen neben Aktien bare Gegenleistungen gewährt wurden, oder ob, kurz gesagt, der Fusionsbegriff des Gesetzes bewußt nur die Fälle reiner Aktiengewährung umfassen wollte. Aufklärung über diese Vorstellungen wird man zunächst in dem systematischen Aufbau des Gesetzes suchen,

---

1) Als Vertreter dieser wohl herrschenden Richtung seien besonders genannt: Enneccerus-Nipperdey, § 59 III S. 146; M. Rümelin, Arch. Ziv. Prax. Bd. 122 S. 272 f.; Heck, Arch Ziv. Prax. Bd. 112, S. 6 und S. 64 f.; ferner H. Stoll, Jher. Jhrb. Bd. 76 S. 164. In scharfem Gegensatz zu dieser Auslegungsmethode steht die sog. „objektive Theorie" (vertreten bes. von Wach, Binding, Kohler u. a.), nach welcher es Aufgabe der Auslegung ist, von den verschiedenen durch den Gesetzeswortlaut gedeckten Bedeutungen diejenige auszuwählen, welche für die gegenwärtige Zeit als die zweckmäßigste erscheint, ohne Rücksicht auf etwaige andere Vorstellungen des Gesetzgebers. (Ähnlich z. B. Kohler, Lehrb. des bürg. Rechts, 1. Bd., A. Teil, 1906, S. 125, und Reichel, „Gesetz und Richterspruch" S. 78. U. E. ist es zweckmäßiger, auch weiterhin zwischen Auslegung des Rechts und Fortbildung desselben scharf zu scheiden, indem wir bei der Auslegung einen rein historischen Maßstab anlegen und nötigenfalls einem von der gegenwärtigen Zeit geforderten besonderen Bedürfnis im Wege der Lückenausfüllung und analogen Anwendung des Gesetzes gerecht zu werden suchen. (Für scharfe Trennung insbes. M. Rümelin, a. a. O. Bd. 122 S. 276, u. H. Stoll, a. a. O. Bd. 76 S. 175.)

sowie in den Gründen, welche offenbar zu der gesetzlichen Regelung führten; darüber hinaus wird man in der gesamten Entstehungsgeschichte des Gesetzes nach weiteren Aufschlüssen forschen müssen [2]).

Der gedankliche Aufbau des Systems, in welches die genannten Fusionsvorschriften eingeordnet sind, läßt sich etwa folgendermaßen kennzeichnen: Als wichtiger Teil des Titels „Auflösung und Nichtigkeit der Gesellschaft" wird eingehend die nach jeder Auflösung grundsätzlich eintretende Auseinandersetzung, die Liquidation, behandelt. Als Unterfall solcher Liquidation ist grundsätzlich auch die „Veräußerung des Gesellschaftsvermögens im ganzen" (§ 303) gedacht; denn sie kann nicht mehr als ein gewöhnliches Rechtsgeschäft, vorgenommen im Rahmen des Gesellschaftszweckes, betrachtet werden. Wiederum als Unterfall dieser „Veräußerung des Gesellschaftsvermögens im ganzen" erscheint endlich im Gesetz die Fusion, die gekennzeichnet wird als die Übertragung des Gesellschaftsvermögens im ganzen „gegen Gewährung von Aktien der übernehmenden A.-G.", und für welche bestimmte Abweichungen von den regelmäßigen Veräußerungs- und Liquidationsvorschriften ausgesprochen werden. Offenbar haben zur Abgrenzung der genannten, die Fusion betreffenden Ausnahmen innerhalb der Regel des § 303 lediglich zwei Besonderheiten gedient: einmal die Vorschrift, daß Vertragsgegner der veräußernden A.-G. nur wiederum eine A.-G. sein kann, und sodann die Bestimmung, daß die Gegenleistung in Aktien der übernehmenden A.-G. bestehen muß. Beide Besonderheiten geben der durch sie gekennzeichneten Vermögensveräußerung deutlich den Charakter eines

---

2) Bei der Heranziehung des historischen Materials wird man allerdings berücksichtigen müssen, daß demselben neben dem Gesetz keine selbständige Bedeutung zukommt; man wird es nur insoweit berücksichtigen dürfen, als es eine im Gesetz bereits angedeutete Vorstellung des Gesetzgebers erläutert. (Man vergleiche dazu RGZ. 82, S. 325 und 57, S. 222 sowie Enneccerus-Nipperdey, § 49 S. 144; Planck-Knoke, 1. Bd. Einl. S. XLV; ausdrücklich gegen diese Einschränkung M. Rümelin, a. a. O. S. 275, und Heck, a. a. O. S. 146.

Rechtsgeschäftes, welches auf Herstellung eines neuen gesellschaftsrechtlichen Verhältnisses zielt im Gegensatz zu der Veräußerung gegen andere, insbesondere bare Leistungen, welche lediglich bezweckt, den Mitgliedern der aufzulösenden A.-G. den wirtschaftlichen Gegenwert ihrer Anteile am bisherigen Gesellschaftsvermögen zuzuführen, also den Charakter eines Verkaufs trägt. Bedenkt man weiter, daß die aufgelöste A.-G., an welche regelmäßig die Gegenleistung zunächst gewährt wird, bei Entgegennahme dieser Leistung rechtlich nicht mehr im eigenen Interesse handeln kann, so muß man sie insoweit als Stellvertreterin ihrer Aktionäre ansehen. Dann aber kennzeichnet sich die Fusion geradezu als Vertrag zugunsten Dritter, genauer als ein Vertrag, gerichtet auf Einbringung einer in dem Vermögen der aufgelösten A.-G. bestehenden Sacheinlage gegen Gewährung von Mitgliedschaftsrechten an die Aktionäre der aufgelösten A.-G., die bei Empfang dieser Gegenleistung durch den Vorstand ihrer Gesellschaft vertreten werden [3] [4]).

---

3) So tatsächlich Heymann (Bremen) in ZHR. Bd. 92 S. 223. Zu diesem Ergebnis kommt man — rein rechtlich gesehen — allerdings nur, wenn man davon ausgeht, daß die aufgelöste A.-G. beim Empfang der Gegenleistung nicht nur im Interesse, sondern auch im Namen ihrer Mitglieder tätig wird. Nimmt man — wie Naendrup, „Rechtsscheinswirkungen im Aktienrecht" in Nr. 62 der Arbeiten zum Handels-, Gewerbe- und Landwirtschaftsrecht, herausgegeben von E. Heymann, Marburg 1931, S. 886 f. — an, daß die aufgelöste A.-G. hier im eigenen Namen und damit also nur als mittelbare Stellvertreterin ihrer Aktionäre handelt, so läßt sich der zwischen der übernehmenden A.-G. und der aufzulösenden A.-G. abgeschlossene Fusionsvertrag rechtlich wohl nicht mehr als Vertrag zugunsten Dritter betrachten. Stets aber ist — was den erstrebten Erfolg angeht — der Fusionsvertrag dadurch gekennzeichnet, daß die Gegenleistung für die erbrachte Sacheinlage in der Aufnahme der Aktionäre der aufzulösenden A.-G. in den Kreis der Mitglieder der übernehmenden A.-G. besteht.

4) Den „korporationsrechtlichen Charakter" der Fusion betonen ebenfalls scharf: R. Fischer in Ehrenbergs Handbuch, 3. Bd. 1. Abtlg. S. 417 f.; Brodmann in ZBlHR. 2. Jhrg. S. 126; ferner Döge, „Fusion von Aktiengesellschaften" Diss. Leipzig 1908 S. 8; Kraemer, „Fusion mit sofortiger Verschmelzung" Diss. Leipzig 1910 S. 14, und v. Cosel, „Die Fusion von Aktiengesellschaften" Diss. Würzburg 1921 S. 34. Ebenso, wenn auch nur für das geltende Recht, wohl Breit in ZHR. Bd. 94, S. 407 und 411 und Bd. 95 S. 23 und 25. Gegen diese Auffassung scharf: L. Stern, Diss. Köln 1929 S. 5 f., der die Fusion als einen

Man muß bei einer solchen „gesellschaftsrechtlichen Kennzeichnung" der Fusion notwendig zu dem Schluß kommen, daß nach dem Inhalt des Fusionsvertrages unbedingt an jeden Aktionär der aufzulösenden A.-G. Mitgliedschaftsrechte gewährt werden müssen [5]; Geschäfte, bei denen ein Teil der Aktionäre lediglich bare Leistungen empfangen soll, würden von dem Fusionsbegriff dann nicht mehr umfaßt. Aber auch die Fälle, in denen an die Aktionäre der aufgelösten A.-G. neben Aktien noch bare Leistungen gewährt werden („Zuzahlungsfälle"), erscheinen bei dieser Auffassung der Fusion begrifflich ausgeschlossen, da die Barleistung der den Begriff kennzeichnenden Gewährung von Mitgliedschaftsrechten fremd ist [6]. Ein solcher Schluß erscheint auch schon deshalb notwendig, weil infolge Fehlens jeglicher weiterer Anhaltspunkte im Gesetz anderenfalls eine klare Abgrenzung der Begriffe „Fusion" und „Vermögensveräußerung im Ganzen nach § 303" unmöglich sein würde [7].

Für einen solchen engen Fusionsbegriff sprechen auch die Gründe, die zu den Vorschriften der §§ 305 und 306 geführt haben. Durch § 305 soll die Erhöhung des Grundkapitals der übernehmenden A.-G. erleichtert werden, indem dort auf die Anwendung einiger Vorschriften verzichtet wird, die eine teils förmliche, teils sachliche Erschwerung einer Kapitalserhöhung bedeuten. Selbstverständlich war dabei die Suspendierung der

---

rein vermögensrechtlichen, individualrechtlichen Vorgang betrachtet. Vermittelnd: R. Goldschmidt, „Die sofortige Verschmelzung usw." S. 24 f., und ebenfalls Hachenburg in LZ. 1911 Sp. 649 f., welche in der Fusion sowohl korporationsrechtliche wie vermögensrechtliche Elemente erblicken.

5) Das betont selbst Junck (LZ. 1924, Sp. 495), der grundsätzlich für eine möglichst weite Auslegung und Anwendung der Fusionsvorschriften eintritt.

6) Alle Zuzahlungsfälle enthielten dann anscheinend eine Vermengung zweier einander ausschließender Geschäftstypen; die Frage, ob man aus diesem Gesichtspunkte heraus noch zu einer unmittelbaren Anwendung der Fusionsregeln auf solche Fälle gelangen könnte, soll im nächsten Kapitel noch näher untersucht werden.

7) Das betonen besonders: Staub-Pinner (14. Aufl. 1933) A. III zu § 305, S. 826, ferner F. Makower „HGB. mit Kommentar" 1. Bd. 1. Teil, zu § 305 I f.) 1) S. 836, und Lehmann-Ring, „Das Handelsgesetzbuch für das Deutsche Reich" zu § 305 Nr. 4 S. 264, sowie Geyer, Diss. Leipzig 1907 S. 3.

das Bezugsrecht der Aktionäre betreffenden §§ 282 und 283; aber auch die ausdrückliche Ausschließung der §§ 281 und 284 Abs. 2 war überflüssig, da der Zeichnungsschein hier durch den nach § 305 Abs. 2 einzureichenden Vertrag ersetzt wird[8]). Von Bedeutung ist hier eigentlich nur die Tatsache, daß § 278 Abs. 1 hier für unanwendbar erklärt wird. Diese Vorschrift stellt den Grundsatz auf, daß eine A.-G. ihren Bedarf an baren Geldmitteln zunächst durch Einforderung der nicht voll eingezahlten Einlagen decken muß, und daß sie vorher zu diesem Zwecke nicht den Weg der Kapitalserhöhung beschreiten kann. Wenn der Gesetzgeber bei der Fusion die Anwendung dieser Vorschrift ausschließt, so geht er offenbar von der Vorstellung aus, die A.-G. erhöhe ihr Grundkapital hier ja nicht, um Barmittel zu erlangen, sondern um sich durch Gewährung der neugeschaffenen Mitgliederrechte unmittelbar ein ganzes geschlossenes Unternehmen anzugliedern. Nach der Struktur dieses Geschäftes rechnet er garnicht mit einem dadurch verursachten Geldbedarf der Gesellschaft, setzt also bare Zuzahlungen offenbar nicht voraus[9]). Der Grund der in § 306 gegebenen Vorschriften ist ein anderer: mit dieser Vorschrift soll den Parteien die Möglichkeit gegeben werden, gerade die erstrebte Angliederung geschlossener Unternehmen durch vertraglichen Ausschluß der die Unversehrtheit des anzugliedernden Unternehmens stets mehr oder weniger beeinträchtigenden Liquidation zu erreichen. Hauptzweck der Liquidationsvorschriften ist offenbar, die Gläubiger der aufzulösenden A.-G. davor zu schützen, daß plötzlich und gegen ihren Willen die ihnen bisher haftende rechtsfähige Vermögensmasse verschwindet und sie mit ihren Ansprüchen allein auf die übernehmende A.-G. angewiesen sind, die ihnen

---

8) Ebenso: Hachenburg in LZ. 1911 Sp. 653; Brodmann, „Aktienrecht" I b zu 305, und Hueck in ZBlHR. 5. Jhrg. S. 280.

9) Es soll dabei allerdings nicht verkannt werden, daß dieser Schluß insoweit nicht unbedingt zwingend ist, als Zuzahlungen ja nicht gerade aus einer Kapitalserhöhung stammen müssen, und ein Zusammenhang zwischen ihrer Beschaffung und den §§ 305 bezw. 278 Abs. 1 nicht immer notwendig gegeben ist.

nach Kreditfähigkeit, Geschäftsgebahrung etc. fremd ist. Fragt man sich, weshalb der Gesetzgeber gerade bei der Fusion auf diese Gläubigersicherung glaubte verzichten zu können, so wird man auch hier zu der Annahme gedrängt, daß er in der Fusion begrifflich ein Rechtsgeschäft sah, dessen Hauptziel rechtlich die Vereinigung der Mitglieder zweier Aktiengesellschaften zu einer einzigen Personenvereinigung ist. Aus diesem Gesichtspunkte heraus konnte er es wagen, den Gläubigern der aufzulösenden A.-G. r e c h t l i c h einen neuen Schuldner aufzuzwingen, weil dieser ihnen keine völlig fremde Person ist, die mit den Interessen und Zielen, mit den Gepflogenheiten und Grundsätzen des alten Schuldners nichts gemein hat, sondern weil t a t s ä c h l i c h der alte Schuldner in dieser neuen Schuldnerpersönlichkeit begriffen ist und seinen Einfluß in ihr geltend macht [10]). Das Zwingende eines solchen Schlusses wird allerdings dadurch beeinträchtigt, daß der Gesetzgeber in den besonderen Gläubigerschutzvorschriften des § 306 Abs. 2—6 dennoch eine weitere Sicherung glaubte schaffen zu müssen [11]).

Eine weitere Bestätigung dafür, daß der Gesetzgeber die Fusionsvorschriften nicht auf die Fälle ausdehnen wollte, wo neben Aktien bare Gegenleistungen gewährt werden, ergibt sich aus der Entstehungsgeschichte des Gesetzes, und u. E. darf man ihr entscheidende Bedeutung beimessen. Man wird zunächst den vom Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuch (ADHGB.) aufgestellten Fusionsbegriff untersuchen müssen, da das HGB. von 1897 auf diesem Gesetze fußt. Daß das HGB. nicht als ein völlig neues gesetzgeberisches Werk betrachtet sein will, hat in der dem Reichstagsentwurf beigefügten Denkschrift [12]) mehrfach Ausdruck gefunden. So heißt es dort in der Vorbemerkung S. 2: „Der vorliegende Entwurf stellt sich" — wir ergänzen

10) Das betont besonders H u e c k, a. a. O. S. 282.

11) Wir werden uns unten — vgl. Kap. 5 — noch eingehend mit der näheren Untersuchung dieser Vorschriften befassen müssen.

12) „Denkschrift zum Entwurf eines Handelsgesetzbuches und eines Einführungsgesetzes in der Fassung der dem Reichstag gemachten Vorlage", Berlin 1897.

sinngemäß „nur" — „äußerlich als ein neues Gesetz dar, die sachlichen Änderungen, die das Handelsgesetzbuch erfahren muß, sind zu erheblich und zu zahlreich, als daß die Form einer Novelle genügen könnte"; und ferner mit Bezug auf die Fusionsvorschriften insbesondere S. 179: „auf dieser Grundlage" — nämlich der Regelung des ADHGB. — „beruhen auch die Vorschriften des Entwurfes, sie gestalten nur die Vorschriften des Handelsgesetzbuches in einzelnen Beziehungen näher aus." Bei dieser Sachlage erscheint der Schluß gegeben, der Gesetzgeber habe die Begriffe, die er im neuen HGB. nicht ausdrücklich neu gestaltet hat, in der Ausgestaltung übernehmen wollen, die sie im Anschluß an das ADHGB. erfahren haben. Auch bei dieser Frage nach dem Fusionsbegriff des ADHGB. wird man zunächst den Wortlaut, dann die engere Entstehungsgeschichte und schließlich die Literatur und Rechtssprechung bis 1897 heranziehen.

Die Fusion wird im ADHGB. in den Art. 215 Abs. 2 und 247 behandelt. Maßgebend für den Begriff ist Art. 215 Abs. 2, da in Art. 247 auf ihn verwiesen wird, der Wortlaut gleicht dem des § 305 HGB. „Übertragung des Vermögens der A.-G. und ihrer Schulden an eine andere A.-G. gegen Gewährung von Aktien." Ein sicherer Schluß läßt sich aus ihm allein daher ebensowenig ziehen. Zu erwähnen ist vielleicht, daß Art. 247 das ganze Institut als Auflösung einer A.-G. durch Vereinigung mit einer anderen A.-G. bezeichnet, und daß damit vielleicht der gesellschaftsrechtliche Charakter des Vorganges etwas schärfer zum Ausdruck kommt als in dem § 305 des heutigen HGB.

Aufschlußreicher dagegen ist die Entstehungsgeschichte der Vorschrift. Dieser Teil des Gesetzes wurde im Jahre 1857 von einer in Nürnberg tagenden Konferenz beraten. Zur Beratungsgrundlage wurde der preußische Entwurf vom Jahre 1857 bestimmt, dem auch eine Begründungsschrift beigefügt war [13]).

13) Entwurf eines Handelsgesetzbuches für die preußischen Staaten nebst Motiven, 1857.

Die für die Begriffsbestimmung maßgeblichen Worte des ADHGB. finden sich bereits in diesem preußischen Entwurf (Art. 180 Abs. 2 und Art 205). In den Motiven hierzu wird das gesellschaftsrechtliche Moment ganz vorwiegend betont. So heißt es zu Art. 180: „Denn hierin" — nämlich in der Übertragung des gesamten Aktiv- und Passivvermögens der A.-G. gegen Gewährung von Aktien — „liegt die Auflösung der bisherigen Gesellschaft und die gleichzeitige Eingehung einer neuen Gesellschaft"; ferner zu Art. 205: „die Regeln, welche bezüglich der Auflösung von Aktiengesellschaften in den vorangehenden Artikeln aufgestellt worden sind, können bei der Fusion zweier Aktiengesellschaften nicht unbedingt Anwendung finden, weil es sich hier nicht bloß um die Auflösung, sondern gleichzeitig um die Eingehung einer neuen Gesellschaft handelt, deren Aktien den Ersatz für die alte Gesellschaft bilden. Eine Versilberung des Vermögens . . . findet nicht statt, der Ersatz wird eben nicht in Geld, sondern in Aktien geleistet."

Diese Einstellung des preußischen Entwurfs behält für das später beschlossene Gesetz ihre Bedeutung, da in den Verhandlungen die fraglichen Vorschriften keine wesentliche Umgestaltung erfahren haben [14]). Wie man daher schließen darf, war bei der Schöpfung des ADHGB. in bezug auf die Fusion offenbar die Vorstellung maßgebend, daß man in den fraglichen Vorschriften ein Institut rein gesellschaftsrechtlichen Inhaltes regele, welches begrifflich auf die Fälle reiner Aktiengewährung beschränkt bleiben müsse [15]). Allerdings darf nicht unbeachtet bleiben, daß man damals dem ganzen Institut der Fusion keine

---

14) Zu vermerken ist vielleicht, daß erst in den Beratungen die im einzelnen geregelte getrennte Verwaltung des übertragenen Vermögens als Rechtsfolge, nicht mehr als notwendiger Vertragsbestandteil, statuiert wird. Im übrigen wurden die Artikel 180 Abs. 2 und 215 des preußischen Entwurfes nicht geändert, sie gingen schließlich als Art. 215 Abs. 2 und 247 in den endgültigen Text des Gesetzes über.

15) Zu dem gleichen Ergebnis kommt z. B. Weisensee, Diss. Erlangen 1929, S. 8 f.

allzu große wirtschaftliche Bedeutung beigemessen hat[16]). In der Wirtschaft tritt damals noch kein scharfer Interessenstreit um das Fusionsproblem hervor. Zwar sind bisher nicht selten fusionsähnliche Vorgänge zu verzeichnen — so besonders bei den zahlreichen Verschmelzungen innerhalb der deutschen Eisenbahngesellschaften — sie werden aber als Vorgänge ganz besonderen Charakters gewertet. Wenn der Gesetzgeber dennoch eine allgemeine, diese Vorgänge erleichternde Vorschrift aufnahm, so geschah das u. E. gewissermaßen versuchsweise. Wichtig für unsere Betrachtung ist dabei, daß gerade das ADHGB. zwei gewichtige Vorschriften enthielt, welche die Gefahr eines solchen Versuches wesentlich herabminderten: Das war einmal die im Zweifel notwendige Einstimmigkeit des die Fusion herbeiführende Generalversammlungsbeschlusses (Art. 215 Abs. 2) und sodann die für die Fusion nötige staatliche Genehmigung (Art. 247 Abs. 1). Beide Vorschriften sind typisch gesellschaftsrechtlicher Art. Die Einstimmigkeit wird bei der Fusion nicht deshalb gefordert, weil damit eine Auflösung der Gesellschaft und eine Veräußerung ihres Vermögens im ganzen verbunden ist, — eine solche konnte ja jedenfalls vor Schaffung des Art. 244 a im Jahre 1884, aber auch wohl später, ohne einstimmige Genehmigung der Aktionäre vorgenommen werden — sondern weil gewissermaßen eine neue Gesellschaft eingegangen wurde, und man keinen Aktionär zum Beitritt durch Mehrheitsbeschluß glaubte zwingen zu dürfen. Ebenso steht es mit der Forderung der staatlichen Genehmigung. Sie wird damit begründet, daß hier ja eine neue Gesellschaft eingegangen werde und der Staat hier ebenso wie bei der regelmäßigen

16) So wurde bei der Beratung der — allerdings einstimmig abgelehnte — Antrag gestellt, auf die ausdrückliche Regelung der Fusion ganz zu verzichten; dieselbe sei kein selbständiges rechtliches Institut, sondern Auflösung und Errichtung einer neuen A.-G., auch sei ganz unbestimmt, ob man es nicht bloß mit einer „ephemeren" Erscheinung zu tun habe. (Vgl. Lutz, Prot. S. 369, 40. Sitzung)

Gründung seine Interessen wahren müsse[17]). Bilden somit diese beiden Vorschriften ein Gegengewicht nur auf gesellschaftsrechtlichem Gebiet gegen eine nachteilige Auswirkung der Fusionserleichterung, so mag man schließen, daß der Gesetzgeber gerade auch aus dieser Interessenabwägung heraus die Erleichterungsvorschriften nur auf die Vorgänge rein gesellschaftsrechtlicher Art beschränken wollte.

Geht man aber von einem solchen engen Fusionsbegriff des Gesetzes aus, so bleibt noch zu untersuchen, ob derselbe etwa in der Folgezeit in Gesetzgebung oder Literatur und Rechtsprechung eine Ausdehnung erfahren hat und in erweitertem Umfange in das HGB. übergegangen ist. Die Gesetzgebung hat hier Neues nicht gebracht; denn die Aktiengesetze vom 11. 6. 1870 und vom 18. 7. 1884 haben für diese Frage irgendwie bedeutsame Änderungen nicht eingeführt[18]).

Die Untersuchung der Literatur zum ADHGB. wird man zweckmäßig nach zwei Zeiträumen gesondert vornehmen, deren Grenze um das Jahr 1880 liegen wird; es ist dies die Zeit, in der das Bedürfnis nach einer Neuordnung des Aktienrechts immer dringender wird und im Schrifttum die durch das Aktiengesetz vom 18. Juli 1884 tatsächlich erfolgte Abänderung sich vorbereitet.

Ein großer Teil der Bearbeiter der älteren Zeit begnügt sich damit, den engen Begriff des Gesetzes zu übernehmen und alle fusionsähnlichen Geschäfte, die einen vielleicht auch nur teilweise kaufähnlichen Charakter tragen, unter die allgemeinen Vorschriften über die Auflösung, Liquidation etc. zu verweisen.

---

17) Vgl. Lutz, Prot. S. 369, Bem. zu Art. 225 Abs. 2 des Redaktionsentwurfes.

18) Wenn 1870 das Erfordernis staatlicher Genehmigung fortfiel, so hängt das mit der grundsätzlichen Umstellung des Gesetzgebers in bezug auf die Gründung einer A.-G. zusammen und kann u. E. keinesfalls dahin gewertet werden, daß hierin eine Änderung der oben geschilderten, die Fusion betreffenden Auffassung des Gesetzgebers sich andeute.

Eine weite Auslegung des gesetzlichen Fusionsbegriffes ist jedenfalls bei diesen Bearbeitern nicht zu vermuten. Wir glauben dieser Gruppe Keyßner[19]), Löwenfeld[20]), aber auch v. Hahn[21]) und Wächter[22]) zuzählen zu müssen, wobei zu bemerken ist, daß die Fusionsvorschriften in diesen Darstellungen und Kommentaren verhältnismäßig nur geringe Beachtung finden. Daneben findet sich aber eine ganze Reihe von Schriftstellern, die mit der beginnenden wirtschaftlichen Bedeutung der Fusion das Bestreben zeigen, die fusionsfreundlichen Vorschriften auch auf Verschmelzungsvorgänge auszudehnen, bei denen die gewährte Gegenleistung nicht ausschließlich in Aktien besteht. Wichtig für uns wird hier die Frage, ob dieses Ziel erstrebt wird durch eine erweiternde Auslegung des Fusionsbegriffes oder durch bloße analoge Anwendung der für denselben gegebenen Vorschriften. Am eingehendsten behandelt das Problem wohl Achilles Renaud[23]), der sich deutlich für analoge Anwendung der gesetzlichen Fusionsvorschriften auf die Fälle ausspricht, wo neben Aktien andere Gegenleistungen gewährt werden (a. a. O. S. 806 Note 20). Im übrigen ist bei Renaud noch festzustellen, daß er im Fusionsgeschäft weder einen kaufähnlichen noch einen gesellschaftsrechtlichen Vorgang, sondern ein Geschäft besonderer Art erblickt. Eine ähnliche Auffassung findet sich bei Auerbach[24]) und besonders bei Thöl[25]). Ähnliches muß

---

19) „Allg. Dtsch. Handelsgesetzbuch", S. 237.

20) „Das Recht der Aktiengesellschaften", S. 509.

21) „Komm. z. ADHGB." 1877, S. 694.

22) „Das Handelsrecht . . . ." 2. Teil 1866.

23) „Das Recht der Aktiengesellschaften", 2. Auflage 1875, S. 806 und 810.

24) „Das Aktienwesen" 1873, S. 179 f.

25) „Das Handelsrecht" 6. Aufl. 1879 1. Bd. S. 531 ff. Thöl sieht in der Fusion ganz allgemein „die Auflösung einer A.-G. durch Vereinigung mit einer anderen A.-G."; aus seinen weiteren Ausführungen S. 531 geht aber wohl hervor, daß er dabei nicht unbedingt an eine Erweiterung des gesetzlichen Fusionsbegriffes denkt, denn er stellt innerhalb seines Fusionsbegriffes deutlich zwei Tatbestände einander gegenüber: einerseits die Fälle, wo infolge stattgefundener Liquidation nur

von Zimmermann[26]) und in verstärktem Maße von Makower[27]) und Puchelt[28]) gelten.

Etwa von 1880 an kann man u. E. sogar feststellen, daß in der Wissenschaft die Tendenz an Boden gewinnt, den durch entsprechende Anwendung der Artikel 215 Abs. 2 und 247 ADHGB. zu weit ausgedehnten Geltungsbereich der Fusionsvorschriften enger zu begrenzen. Von Bedeutung war hier wohl eine Abhandlung von Wiener[29]), der in derselben S. 382 scharf zum Ausdruck bringt, daß die Fusionsvorschriften bei Gewährung einer Geldabfindung an die Aktionäre der aufzulösenden A.-G. unanwendbar seien[30]). Dieselbe Ansicht — mehr oder weniger deutlich ausgesprochen — findet sich bei Behrend[31]), Gareis[32]), Gareis-Fuchsberger[33]), Her-

---

die „Trümmer" der aufgelösten A.-G. mit der aufnehmenden A.-G. vereinigt werden, und andererseits den „besonderen Fall der Auflösung einer A.-G. durch Übertragung (Vereinigung) ihres Vermögens einschließlich der Schulden an eine andere A.-G. gegen Gewährung von Aktien der letzteren". Uns scheint deutlich daraus hervorzugehen, daß er nur für diesen letztgenannten eigentlichen Verschmelzungsfall an eine unmittelbare Anwendung der gesetzlichen Fusionsvorschriften denkt, also den gesetzlichen Fusionsbegriff nicht erweitert. Die Ansicht Breits (ZHR. Bd. 95 S. 414 Anm. 20), wonach Thöl den gesetzlichen Fusionsbegriff erweitere, erscheint uns daher nur dann gerechtfertigt, wenn sie besagen soll, daß Thöl die nur den engen gesetzlichen Tatbestand der Fusion unmittelbar erfassenden Vorschriften in weitestem Maße entsprechend anwenden will auf die Fälle der Verschmelzung, wo die Gegenleistung nicht nur oder überhaupt nicht in Aktien besteht.

26) In Busch's Archiv 6. Bd. 1865, S. 227.

27) „Das ADHGB." 1880, zu Art. 247.

28) „Kommentar zum ADHGB." 1. Auflage 1874, S. 402.

29) „Umwandlung und Fusion von Gesellschaften" in ZHR. Bd. 21 (1882) S. 331—392.

30) Übertrieben jedoch erscheint die Behauptung Breits, (ZHR. Bd. 95 S. 440), auf dieser Äußerung Wieners fuße die gesamte heutige Auffassung.

31) „Lehrbuch des Handelsrechts" 1. Bd., 2. Abteilung S. 937 Anm. 20.

32) „Das deutsche Handelsrecht" in „Lehrbücher des deutschen Reichsrechts", Bd. 4 S. 274 f.

33) „Das ADHGB." S. 510 Ziff. 421 Abs. 2 und S. 512 Ziff. 423 c.

genhahn[34]), Primker[35]) und v. Ring[36]) sowie bei Staub[37]). Den weitgehenden Renaudschen Standpunkt hält wohl nur noch von Völderndorff[38]) aufrecht; weniger scharf betont findet sich die gleiche Ansicht bei Cosack[39]) und Förtsch[40])[41]). Abschließend ist zu sagen: Der enge Fusionsbegriff des Gesetzes hat eine weitgehende Kritik erfahren. Die zahlreichen Versuche auch in den Fällen, wo neben Aktien andere Leistungen versprochen werden, die erleichternden Vorschriften des Gesetzes anzuwenden, stützen sich unserer Überzeugung nach ganz vorwiegend, wenn nicht ausschließlich, auf die Behauptung einer Rechtsähnlichkeit; der Versuch, den Begriff des Gesetzes in dieser Richtung durch Auslegung zu erweitern, wird ausdrücklich unseres Wissens nirgends gemacht, vielmehr wird, z. T. ausdrücklich, z. T. weitgehend durch die Art der Beweisführung, die unmittelbare Anwendbarkeit der Fusionsvorschriften auf die genannten Fälle

---

34) In Arch. f. bürg. Recht, 9. Bd. 1894 S. 50.

35) „Handbuch des deutschen Handels-, See- und Wechselrechts", herausgegeben von W. Endemann. 1881 S. 667.

36) „Das Reichsgesetz betr. die Komm.-Ges. a. Akt. und die Aktiengesellschaft vom 18. 7. 1884".

37) „Kommentar zum ADHGB." 3. bis 4. Aufl., 1896.

38) Im Kommentar zum ADHGB. von Anschütz 2. Aufl. 1885. S. 834.

39) „Lehrbuch des Handelsrechts" 2. Aufl. 1893, S. 619.

40) Im Komm. zum ADHGB. von E. S. Puchelt, 4. Aufl. 1893 1. Bd. zu Art. 247, III S. 632.

41) Allenthalben wird übrigens eingehender die Frage behandelt, ob Fusion im Sinne des Gesetzes vorliege, wenn den Aktionären die Wahl gelassen ist, sich für Aktien oder Abfindung durch andere Gegenwerte zu entscheiden. Ganz vorwiegend wird die Frage dahin entschieden, daß die Fusionsvorschriften Anwendung finden, wenn alle Aktionäre Aktien wählen und wenn — was allerdings nicht überall stark betont wird — der Wille auch bei Vertragsabschluß auf Fusion gerichtet war. (Anders Wiener a. a. O. S. 382 f.) Für die hier behandelte Frage der Zuzahlungen können diese Stellen nur mittelbar Aufschluß über die Grundeinstellung der einzelnen Bearbeiter geben und sind insoweit verwertet worden.

verneint [42]).

Auch die Rechtsprechung der höchsten Gerichte bis zum Jahre 1897 kann in etwa dafür herangezogen werden, daß der gesetzliche Fusionsbegriff keine Erweiterung erfahren hat. So steht das Reichsgericht (Urteil vom 17. 10. 1882, RGZ. 9 S. 11 ff.) offenbar auf dem Standpunkt, daß die Gewährung von Aktien an jeden der Aktionäre der aufzulösenden A.-G. begriffsnotwendig sei; denn es spricht aus, wenn den Aktionären die Wahl gelassen würde zwischen Barabfindung und Aktienerwerb, so „möchte", wenn ein Aktionär Barabfindung wählt, diese Tat-

---

42) Zu einem — vielleicht aber nur scheinbar — entgegengesetzten Ergebnis kommt Breit (a. a. O. Bd. 94 S. 414), da aus seinen Ausführungen nicht klar zu ersehen ist, ob er nicht vorwiegend die ausdehnende Anwendung der Fusionsvorschriften im Auge hat. Übertrieben erscheint uns aber jedenfalls seine Behauptung, eine die Fusion unter Liquidationsausschluß ganz allgemein, ohne Rücksicht auf die Art der Gegenleistung, gestattende Reform des Aktienrechtes würde nur den Rechtszustand wiederherstellen, der vor 1900 geherrscht habe. Wenigstens in den letzten Jahrzehnten des vergangenen Jahrhunderts ist die herrschende Meinung in der ausdehnenden Anwendung der Fusionsvorschriften soweit nicht gegangen. Im übrigen darf bei der Bewertung der damals weitgehenden entsprechenden Anwendung der Fusionsvorschriften für unsere Untersuchung folgender Umstand nicht übersehen werden: Im ADHGB. war die „Veräußerung des Gesellschaftsvermögens im Ganzen" — um diesen allgemeinen Begriff des § 303 HGB. hier zu gebrauchen — nur insoweit geregelt, als es sich um die „Übertragung des Vermögens der Gesellschaft und ihrer Schulden an eine andere A.-G. gegen Gewährung von Aktien" handelte (Art. 215 Abs. 2). Eine Veräußerung des Gesamtvermögens etwa gegen Geld hätte mangels näherer Regelung nach den allgemeinen Liquidationsvorschriften vor sich gehen müssen, welche besonders, wenn es sich um die Veräußerung eines erwerbenden, gschlossenen Unternehmens handelte, sehr wenig passend erscheinen mochten, da der allgemeine Liquidationszweck — Versilberung der einzelnen Teile des Vermögens — hierzu in einem gewissen Gegensatz stand. Eine entsprechende Anwendung der Fusionsregeln auf alle Fälle einer Veräußerung des Gesellschaftsvermögens im ganzen lag damals weniger fern; denn einerseits war die Rechtsähnlichkeit mit dem Fusionsfall des Gesetzes auffallend und größer als die innere Verwandtschaft mit den Fällen der allgemeinen Liquidation, andererseits hatte der Gesetzgeber seinen Willen in bezug auf diese anderen Fälle der Vermögensveräußerung im ganzen in keiner Weise zum Ausdruck gebracht. Nachdem jedoch das HGB. in § 303 diese Fälle immerhin einer speziellen Regelung würdigte, mußte notwendig der Raum für eine ausdehnende Anwendung der Fusionsvorschriften eine ganz erhebliche Einschränkung erfahren.

sache der Fusion entgegenstehen. Zur engeren Frage der Zuzahlungen Stellung zu nehmen, hatte das Urteil keinen Anlaß. Bemerkt sei noch, daß es auch die Frage, ob bei einem Wahlrecht der Aktionäre zwischen Barabfindung und Aktienerwerb Fusion vorliege, keineswegs allgemein bejaht. Viel genannt wird im Schrifttum ferner ein Urteil des Reichs-Oberhandelsgerichts vom 26. 10. 1874 (ROHG. Bd. 14 S. 355). Auch hier handelt es sich um die Beurteilung eines Vertrages, in welchem den Aktionären ein Wahlrecht gewährt ist. Da aber das Gericht feststellt, dieses Wahlrecht habe den Parteien nur zur Verschleierung der Fusion dienen sollen, so streicht es die Wahlklausel und kann deshalb das Vorliegen einer Fusion voll bejahen. Die Entscheidung läßt vielleicht einen vorsichtigen Rückschluß darauf zu, daß dem Gericht ein ernstliches Wahlrecht der Aktionäre wohl als Hindernis für die Anwendung der erleichternden Fusionsvorschriften erschien [34]).

Kurz erwähnt sei noch ein Urteil des Appellationsgerichtshofes zu Köln vom 16. 6. 1862 (berichtet in ZHR. Bd. 6 S. 622 bis 624). Kern der Frage ist hier, ob ein Vertrag, in dem den Aktionären freigestellt wird, Barabfindung oder Aktien als Gegenleistung für die Übertragung des Gesamtvermögens zu wählen, ein als solcher stempelpflichtiger Kaufvertrag ist. Das Gericht hat hier das Vorliegen eines Kaufvertrages scharf bejaht, die Begründung jedoch ist nicht geeignet, die oben aufgestellte Behauptung, das Gesetz betone einen gesellschaftsrechtlichen Charakter der Fusion, irgendwie zu erschüttern, selbst wenn man davon absieht, daß die Entscheidung eine Frage des Stempelrechts klärt, dessen Begriffe sich nicht mit denen des all-

43) Für die Frage der Zulässigkeit von baren Gegenleistungen neben Aktien ist das Urteil im übrigen ohne Bedeutung, es wird an dieser Stelle nur deshalb behandelt, weil es sowohl von Förtsch (a. a. O. zu Art. 247, 3 S. 632) wie auch von Wirtz („Die Fusion des deutschen Handelsgesetzbuches", Diss. Erlangen 1908 S. 9) als Stütze für ihre Ansicht, Zuzahlungen seien grundsätzlich zulässig, angeführt wird, eine Behauptung, die uns als nicht genügend begründet erscheint.

gemeinen bürgerlichen Rechts zu decken brauchen. Das Gericht sagt nämlich, es liege ursprünglich Kaufvertrag vor, was dadurch nicht beeinflußt werde, daß die Aktionäre später als Gegenleistung die Aufnahme als Mitglieder wählen — wir möchten ergänzen: also ein dem Kaufgeschäft fremdes Element in den Vertrag hineinbringen. Es sei auch noch bemerkt, daß dieses Urteil starken Widerspruch gefunden hat (man vgl. Goldschmidt in ZHR. Bd. 6 S. 624). Beachtlich ist in diesem Zusammenhang endlich noch ein Urteil des Reichsgerichts vom 2. 2. 1888, welches im Deutschen Reichsanzeiger inhaltlich wiedergegeben wird [44]). Nach diesem Urteil sind „Gesellschafts-Fusionsverträge, in welchen das Einbringen von Vermögens-Gegenständen seitens der aufzulösenden A.-G. in das Vermögen der übernehmenden A.-G. und die Gewährung von Aktien als Entgelt für den Wert des Eingebrachten vereinbart ist, in keinem Teile, namentlich auch nicht in Höhe der übergegangenen Passiven, als Kaufverträge sondern überall als Gesellschaftsverträge, welche dem preußischen Kaufstempel nicht unterliegen, aufzufassen" [45]).

Der bereits oben S. 14 gezogene Schluß, das HGB. habe den — inzwischen von uns als „bargeldfeindlich" erkannten — Fusionsbegriff des ADHGB. sich zu eigen gemacht, findet sachlich seine Bestätigung in der Entstehungsgeschichte des HGB.: Diese bietet keinerlei Anhalt dafür, daß man den engen Begriff des ADHGB. irgendwie erweitern wollte [46]). Als Quelle kommt

---

44) Deutscher Reichsanzeiger Nr. 91, 6. 4. 1888, Hauptblatt, Rubrik „Nichtamtliches".

45) Die gleiche Auffassung bestätigt neuerdings für das geltende Recht ausdrücklich die Stempelentscheidung des RG. vom 1. 7. 1930 (RGZ. 129 S. 314).

46) Eine solche Erweiterung des Fusionsbegriffes behauptet z. B. von Ziegler a. a. O., S. 62, indem er darauf hinweist, daß das HGB in § 303 einen ganz allgemeinen Fusionsbegriff habe neu aufstellen wollen. Immerhin kommt v. Ziegler aus anderen Gründen — insbesondere Wortlaut der §§ 305/306 und Notwendigkeit klarer Abgrenzung — zu dem Ergebnis, daß die speziellen Vorschriften der §§ 305/306 nicht auf die Geschäfte unmittelbar Anwendung finden können, welche neben Aktien andere Gegenleistungen vorsehen.

nur die oben bereits erwähnte Denkschrift, die dem Reichstagsentwurf beigefügt wurde, in Frage, da in den Verhandlungen der gesetzgebenden Körperschaften das Gebiet der Fusion gar nicht berührt wird. (vgl. „Materialien zum Handelsgesetzbuch für das Deutsche Reich und dem Einführungsgesetz", Berlin 1897). Wenn es in der Denkschrift S. 179 heißt: „Die §§ 296 und 297" — denen entsprechen genau § 305 und 306 HGB. — „regeln den Fall der Vereinigung zweier Aktiengesellschaften, von denen die eine gegen Gewährung von Aktien der anderen in dieser aufgehen soll", so mag man darin schon eine schärfere Betonung des gesellschaftsrechtlichen Charakters sehen, als sie im Wortlaut des Gesetzes zu Tage tritt. Noch deutlicher kommt wohl die Vorstellung, daß es sich im § 305 nur um gesellschaftsrechtliche Verschmelzung handelt, bei der Begründung zum Ausdruck, die man für die Nichtanwendung des § 270 Abs. 1 des Entwurfs (= § 278 Abs. 1 HGB.) gibt; es heißt dort: „denn für diese Beschränkung (nämlich die des § 278 HGB.) fehlt es hier, wo nur der Umtausch von Aktien der einen Gesellschaft gegen solche der anderen in Frage steht, an einem genügenden Grunde". Jedenfalls hat hier also die Vorstellung gefehlt, es könne das Grundkapital der übernehmenden Gesellschaft zum Teil deshalb erhöht werden, um mit dem Barertrag einer solchen Erhöhung Zuzahlungen zu den im Austausch gewährten Aktien vorzunehmen.

Abschließend ist somit festzustellen: Dafür, daß der Gesetzgeber einen engen Fusionsbegriff aufstellen wollte, der als solcher die Fälle ausschließt, in denen neben Aktien bare Gegenleistungen als Entgelt gewährt werden, spricht eine große Wahrscheinlichkeit. Es bleibt noch näher zu untersuchen, ob dennoch eine unmittelbare Anwendung der Fusionsregeln auf die genannten Fälle nach den Grundsätzen über gemischte Verträge mit seinem Willen vereinbar ist.

KAPITEL 3.

Die unmittelbare Anwendung der Fusionsvorschriften auf Verträge, die durch den engen Fusionsbegriff des Gesetzgebers nicht mehr erfaßt werden, läßt sich auch nicht durch Heranziehung der Grundsätze über gemischte Verträge rechtfertigen.

Wenn Verträge, in denen neben Aktien bare Gegenleistungen gewährt werden, deshalb dem Fusionsbegriff nicht unterfallen, weil die Barleistung diesem wesensfremd ist, so muß die Frage auftauchen, ob derartige Verträge nicht mehrere gesetzliche Vertragstypen — hier den Veräußerungstyp des § 303 und den Verschmelzungstyp des § 306 — miteinander vermengen, und ob aus diesem Grunde irgendwie noch eine unmittelbare Anwendbarkeit der Fusionsvorschriften geboten ist.

Bei den hier zu untersuchenden Fällen müssen von vornherein ausscheiden die Verträge, nach denen nicht an alle Aktionäre der aufzulösenden A.-G. Aktien gewährt werden sollen, vielmehr für einen Teil von ihnen lediglich eine bare Entschädigung vorgesehen ist. Solche Verträge zeigen deshalb gar keine Vermischung zweier Vertragstypen, da in ihnen der gesetzliche Typus der Verschmelzung oben S. 11 gekennzeichnet durch Aktienleistung an alle Aktionäre der aufzulösenden A.-G. — überhaupt nicht, auch nicht insoweit enthalten ist, als wenigstens ein Teil der Gegenleistung ihm entspräche.

Aber auch die übrigen Fälle, in denen alle Aktionäre der aufzulösenden A.-G. Aktien der übernehmenden A.-G., daneben aber bare Gegenleistungen empfangen, können u. E. nicht ohne weiteres nach den allgemeinen Grundsätzen über ver-

mischte Verträge beurteilt werden. Diese Grundsätze sind im Schrifttum ermittelt worden im Anschluß an die im Schuldrecht des BGB. aufgestellten Vertragstypen; man wird sie nur dort berücksichtigen, wo der Gesetzgeber seine Vorschriften im Anschluß an bestimmte Geschäftstypen entwickelt, dabei aber grundsätzlich den Parteien die Freiheit beläßt, den Inhalt ihrer Verträge auch abweichend zu bestimmen. Zwar hat auch in unseren Fällen der Gesetzgeber den Parteien die Freiheit gelassen, den Inhalt des Veräußerungsvertrages, wenigstens was die Gegenleistung angeht, frei zu bestimmen; es scheint uns aber an dem weiteren Erfordernis der Aufstellung von bestimmten Geschäftstypen hier zu fehlen. Nach dem äußeren Aufbau des Gesetzes erscheint die im § 306 für die Fusion gegebene Regel als „Ausnahmevorschrift", die ein im Gesetz ausgesprochenes Grundprinzip durchbricht[1]). Grundprinzip ist bei dieser Betrachtungsweise die Regelung des § 303, die grundsätzlich für alle Fälle der Vermögensveräußerung im ganzen gegeben ist und die für den besonderen Fall der Veräußerung gegen Aktiengewährung durchbrochen wird. Legt man diese Auffassung zu Grunde, so kann man die beiden Veräußerungsfälle keinesfalls als zwei vom Gesetzgeber geregelte „Vertragstypen" n e b e n e i n a n d e r stellen, und die Verträge, deren Leistungen teils dem einen, teils dem anderen Typus entsprechen, als „gemischte Verträge" behandeln, vielmehr muß man annehmen, daß alle Veräußerungsfälle durch die Vorschrift des § 303 abschließend geregelt sind, soweit sie nicht l e d i g l i c h die Kennzeichen der als Ausnahme behandelten Fusionsverträge aufweisen. Wir sind uns darüber klar, daß eine solche Auffassung in einem gewissen Widerspruch stehen muß zu dem oben ermittelten „gesellschaftsrechtlichen" Fusionsbegriff des Gesetzgebers. Denn es erscheint nicht folgerichtig, die Fusion

---

1) Dieser „Ausnahmecharakter" der Fusionsvorschriften wird von der überwiegenden Literatur anerkannt, bestritten wird er besonders von J u n c k in LZ. 1924 Sp. 497 und in Jher. Jhrb. Bd. 77 (1927) S. 313.

als gesellschaftsrechtlichen Vorgang in dieser Weise einzugliedern in den Rahmen eines Geschäftes, welches vorwiegend als ein dem Verkaufe verwandtes Veräußerungsgeschäft erscheint. Dennoch kann man an diesem äußerlich klaren Aufbau des Gesetzes nicht vorübergehen, es erscheint am richtigsten, sich mit dieser Unstimmigkeit im System des Gesetzes [2]) abzufinden und soweit als möglich beide Gesichtspunkte, die dem Gesetzgeber gedient haben, auszuwerten.

Für die hier zu betrachtenden Fälle barer Gegenleistungen würde das bedeuten, daß jedenfalls alle die Verträge, in welchen die Barleistung neben der Aktiengewährung irgendwie selbständige Bedeutung hat, ohne weiteres unmittelbar der Regelung des § 303 zu unterwerfen sind. Eine unmittelbare Unterstellung unter beide Vertragstypen [3]) erscheint hier völlig ausgeschlossen; denn bei allen hier betrachteten Veräußerungs- oder Verschmelzungsverträgen ist eine teilweise Anwendung der Vorschriften des einen oder des anderen Typs sachlich undenkbar, da dieselben einander ausschließen. Das muß gleichfalls für eine teilweise analoge Anwendung beider Vorschriftenkomplexe, wie sie von anderen Schriftstellern bei derartig gemischten Verträgen empfohlen wird [4]), gelten.

Aber auch die Verträge, welche Barleistungen nur als Nebenleistungen vorsehen, werden besser nicht einfach nach den allgemeinen Grundsätzen über gemischte Verträge beurteilt. Sachlich erschiene eine Anwendung solcher Grundsätze

---

2) Das Fehlen einer völlig klaren Systematik betonen z. B. besonders Breit a. a. O. Bd. 94 S. 359 f. und Bd. 95 S. 19; Heymann (Bremen) in ZHR. Bd. 92 S. 227 und ferner C. Schmoelder in JW. 1930 S. 2632.

3) Eine solche fordern bei derartigen, sog. „Kombinationsverträgen" u. a. Hoeniger „Untersuchungen zum Problem der gemischten Verträge" 1. Bd. „Die gemischten Verträge in ihren Grundformen" 1910; Enneccerus-Lehmann § 100 S. 338 und auch Oertmann „Recht der Schuldverhältnisse" 2. Abt. (§ 433—853) Vorbemerkung S. 521.

4) U. a. besonders Schreiber „Gemischte Verträge im Reichsschuldrecht", Jher. Jhrb. 60. Bd. S. 106—228, besonders S. 209 ff.; Knoke in ZHR. Bd. 75 S. 433 und v. Meerscheidt-Hüllessem in Dtsch. Jur. Ztg. 1918 Sp. 857.

nicht völlig undenkbar: nach der in der Literatur vorwiegend vertretenen Ansicht[5]) unterständen dieselben unmittelbar nur den Regeln des Haupttyps, hier also den Fusionsregeln, und die die Nebenleistung betreffenden typischen Vorschriften würden nur insoweit auf diesen Vertragsteil analog angewendet, wie solches sachlich notwendig und überhaupt denkbar erscheint.

Die größten Schwierigkeiten müßten u. E. aber auftreten bei der Abgrenzung dieser Fälle von solchen, bei denen die Barleistung nicht mehr Nebenleistung ist[6]). Würde man, wie regelmäßig, auf das Verhältnis des wirtschaftlichen Wertes der Barleistung im Vergleich zur Hauptleistung abstellen, so müßte dieses Verhältnis, da bei Fusionsverträgen ja regelmäßig eine Mehrheit von Leistungsempfängern auf der einen Seite steht, an sich für jeden einzelnen Aktionär der aufzulösenden A.-G. ermittelt werden, und die einzelnen Ergebnisse brauchten keineswegs übereinstimmend zu sein. Eine Abgrenzung der Nebenleistung nach anderen Gesichtspunkten als nach dem Wertverhältnis wird keineswegs für alle diese Fälle möglich sein. Sie wäre noch denkbar für die Fälle, in denen die Barleistung wirklich nur dazu bestimmt ist, den Aktientausch im einzelnen zu erleichtern oder gar überhaupt erst zu ermöglichen; hier kennzeichnet sich die bare Gegenleistung deutlich als unselbständige Leistung, welche neben die selbständige Hauptleistung

---

5) Vgl. z. B. Enneccerus-Lehmann § 100 C. S. 340, Oertmann a. a. O. S. 521 und Knoke a. a. O. S. 428; dagegen Schreiber a. a. O. S. 209 ff.

6) Die Schwierigkeit jeder Abgrenzung zwischen Haupt- und Nebenleistung betont z. B. Hoeniger a. a. O. S. 105 ff.; die Schwierigkeit der Abgrenzung besonders bei der Fusion heben hervor u. a. Lehmann-Ring a. a. O. zu § 305 Nr. 4 (S. 264) und ebenso Geyer, „Fusion zweier Aktiengesellschaften", Diss. Leipzig 1907 S. 3 und Steinbeck „Fusion nach HGB. 305 u. 306 unter Ausschluß der Versicherungsgesellschaften", Diss. Leipzig 1911 S. 9 sowie v. Ploetz „Die Rechtsverhältnisse der fusionierten A.-G.", Diss. Greifswald 1916 S. 15. A. A. besonders Hachenburg a. a. O. Sp. 655 f., der eine solche Abgrenzung für nicht zu schwierig hält; ebenso Däbritz, „Die Fusion von Aktiengesellschaften nach 306 HGB.", Diss. Leipzig 1908 S. 8 f.

tritt [7]). Es ist aber wohl zweckmäßiger, auch in diesen besonders gearteten Fällen gemischter Verträge von einer unmittelbaren Anwendung der Fusionsvorschriften abzusehen: Einmal würde man damit wohl am besten dem auf enge Begrenzung des Fusionsbegriffes gerichteten und für die Auslegung entscheidenden Willen des Gesetzgebers gerecht; daneben böte sich der Vorteil, alle Fälle barer Gegenleistungen einheitlich nach den allgemeinen Grundsätzen über Lückenausfüllung und Gesetzesanalogie zu behandeln. Schließlich sei noch betont, daß die Grundsätze über die gemischten Geschäfte noch keineswegs völlig geklärt sind, und daß dieselben hauptsächlich im Anschluß an eine Gesetzesmaterie entwickelt wurden, die dem Rechte dieses Teiles des HGB. immerhin ziemlich fremd gegenübersteht.

Zum Schluß sei hier noch der Verträge gedacht, nach denen als Gegenleistung zwar lediglich Aktien vorgesehen sind, den Aktionären aber eine Barzahlung als Abfindung für die im laufenden Jahre ausfallende Dividende gewährt wird. Solche Zahlungen kann man nicht mehr als „Gegenleistung für die Übertragung des Gesellschaftsvermögens" betrachten, vielmehr stellen sie eine Entschädigung dar für die den Aktionären infolge der Fusion entgangene Nutzung und berühren infolgedessen in keiner Weise den Fusionsvertrag als solchen [8]). Eine unmittelbare Anwendung der Fusionsvorschriften ist bei diesen Verträgen unbedenklich; das Gleiche muß wohl gelten, wenn im Fusionsvertrage Stückzinsen versprochen sind.

---

7) Gemischte Geschäfte dieser Art faßt z. B. Enneccerus-Lehmann § 100 S. 342 zu einer besonderen Gruppe zusammen.

8) So z. B. v. Ziegler a. a. O. S. 60 Anm. 12, ferner wohl Ullmann „Die Veräußerung des Vermögens einer A.-G. im ganzen" S. 39; Friedländer „Aktienrecht" 1932 zu § 306 II, 1) S. 301 und v. Breska in JW. 1930 S. 313; ferner: Wandschneider, Diss. Rostock 1910 S. 34 f., Wustandt, Diss. Würzburg 1918 S. 20, Fix, Diss. Frankfurt 1928 S. 2 Anm. 7, Weisensee, Diss. Erlangen 1929 S. 8 f., wie wohl überhaupt die herrschende Meinung.

KAPITEL 4.

Eine entsprechende Anwendung der gesetzlichen Fusionsvorschriften auf Verschmelzungen, bei denen neben Aktien bare Gegenleistungen gewährt werden, ist nur auf dem Wege über eine erlaubte „Gebotsberichtigung" denkbar.

Nachdem wir festgestellt hatten, daß nach dem Willen des Gesetzgebers eine unmittelbare Anwendung der in §§ 305 und 306 für die Fusion gewährten erleichternden Vorschriften dann nicht in Frage kommt, wenn neben Aktien bare Gegenleistungen gewährt werden, ist nunmehr zu untersuchen, ob im Wege einer dem Richter gestatteten „Lückenausfüllung" oder „Gebotsberichtigung" dennoch eine entsprechende Anwendung der genannten Vorschriften in solchen Fällen möglich ist.

Grundsätzlich ist für diesen Teil der Untersuchung folgendes zunächst festzustellen: Voraussetzung für eine entsprechende Anwendung von nicht unmittelbar einschlagenden Gesetzesvorschriften ist stets eine „Lücke" im Gesetz[1]). Bevor also die eigentliche richterliche Tätigkeit der Ergänzung einsetzt, muß erkannt sein, daß die Rechtsordnung für die Entscheidung des konkreten Tatbestandes „kein unmittelbares Werturteil bietet"[2]). Eine solche Gesetzeslücke kann darin begründet sein, daß der Gesetzgeber aus irgendeinem Grunde den fraglichen konkreten Tatbestand nicht hat regeln wollen: sog. „echte Lücke". Anders liegt es bei den sog. „unechten Lücken": hier erkennt der Richter, daß das Gesetz zwar eine

1) Das ist wohl allgemein anerkannt; man vgl. z. B. Rümelin, Arch. Ziv. Prax. Bd. 122 S. 277 f.; Danz, „Richterrecht" S. 194 und Géza Kiss in Jher. Jhrb. Bd. 58, S. 465 f.

2) So Stoll, „Rechtsstaatsidee und Privatrechtslehre" in Jher. Jhrb. Bd. 76 S. 175.

den fraglichen Tatbestand umfassende allgemeine Regel enthält, und daß der Gesetzgeber auch eine Ausnahme von dieser Regel für den fraglichen Fall anscheinend nicht gewollt hat, daß aber dennoch eine Anwendung der allgemeinen Regel unterbleiben muß. Das wird vor allem dann der Fall sein, wenn sich klar ergibt, daß die Zwecke des Gesetzgebers bei Anwendung der Regel nicht erreicht werden [3]); daneben auch noch dann, wenn ihre Anwendung zwar dem Zwecke des Gesetzgebers dient, aber infolge einer inzwischen eingetretenen Verschiebung der gesamten tatsächlichen Wertungsgrundlagen in diesem Einzelfalle nicht mehr im Einklang mit Sinn und Zweck der gegenwärtigen Rechtsordnung steht [4]). In solchen Fällen „schafft" erst der Richter die Lücke, die ihm den nötigen Raum für eine ausfüllende Tätigkeit gibt, man spricht daher hier auch von „Gebotsberichtigung".

Wendet man diese Leitsätze auf unsere Untersuchung an, so ist zunächst zu prüfen, ob eine „echte Lücke" in den Fällen gegeben ist, wo neben Aktien bare Gegenleistungen gewährt werden. U. E. wird man dies am besten verneinen. Wir hatten oben (S. 26 f.) bereits dargelegt, daß die Fusionsregeln im Gesetz

3) Diese Fälle werden zusammen mit den „echten Lücken" wohl auch unter dem Begriff der „Anschauungslücke" zusammengefaßt, da der Gesetzgeber sich den konkreten Tatbestand bei seiner Wertung offenbar nicht oder doch nicht richtig vorgestellt hat. Stoll, a. a. O. S. 185, und auch Rümelin, a. a. O. S. 292, rechnen zu den Anschauungslücken auch noch die Fälle der völligen Verschiebung der Wertungsgrundlage.

4) Wir folgen hier im allgemeinen der Formulierung von M. Rümelin, a. a. O. S. 291; ähnlich ist auch die Stellung von Heck im Arch. Ziv. Prax. Bd. 112 S. 206 f., wenn derselbe von „Randberichtigungen" im Gegensatz zur „Kernberechtigung" spricht, wobei er allerdings die Forderung der Stabilität der Rechtsordnung als ein im Einzelfalle etwa entgegenstehendes Moment scharf betont. Im Grunde ebenso Reichel, „Gesetz und Richterspruch" S. 97, Rumpf, „Gesetz und Richter" S. 153 f., und Enneccerus-Nipperdey, § 54 S. 158, der diese Fälle als solche „erlaubter Restriktion" kennzeichnet. Anders dagegen Stoll, a. a. O. S. 175 Anm. 3, der sagt: „Entspräche die Entscheidung nach dem allgemeinen Satz wirklich dem Willen des Gesetzgebers, so war die „unechte Lücke" beabsichtigt, und der Richter ist an diese negative Wirkung des Gesetzes gebunden, auch wenn die Lösung dem gegenwärtigen Rechtsbewußtsein nicht mehr entspricht.

als Ausnahmevorschriften zur Grundregel des § 303 konstruiert sind. Dafür, daß der Gesetzgeber gerade für die Fälle barer Gegenleistungen neben Aktien die unmittelbare Anwendung der allgemeinen Regel des § 303 ausschließen wollte, ergibt sich kein Anhaltspunkt. Wenn wir oben feststellten, daß im Gesetz begrifflich das Veräußerungsgeschäft des § 303 scharf von dem Verschmelzungsgeschäft der §§ 305/306 geschieden wird, so müssen wir uns allerdings auch hier wieder die Frage vorlegen, ob und inwieweit eine Anwendung der für gemischte Geschäfte aufgestellten Grundsätze dazu führen könnte, die hier interessierenden Fälle nicht unmittelbar dem § 303 zu unterstellen. Auch hier macht sich der in der Systematik des Gesetzes enthaltene Widerspruch geltend, und man wird auch hier die Entscheidung in gewisser Hinsicht von dem Ergebnis der Anwendung dieser Grundsätze abhängig machen dürfen. Würde man die genannten Fälle als „gemischte Verträge" betrachten, so ergäbe sich folgendes: Falls die Barleistungen sich als Hauptleistungen darstellen, stände einer unmittelbaren Anwendung des § 303 nichts im Wege. Stehen sich dagegen beide Leistungen gleichwertig gegenüber (sog. Kombinationsverträge), so kann man dennoch diese Verträge nicht beiden Voschriften unterstellen, da dies infolge des besonderen Charakters dieser Geschäfte sachlich unmöglich erscheint (vgl. oben S. 27). Man wird auf solche Verträge also ebenfalls den § 303 allein anwenden, da sich hier dann der Gesichtspunkt, daß § 303 die Grundregel enthalte, ohne weiteres durchsetzen muß. Es bleiben also nur noch die Verträge übrig, nach denen die Aktiengewährung sich als Hauptleistung darstellt. Daß solche Verträge nicht unmittelbar den §§ 305—306 unterstehen können, haben wir oben (S. 27 f.) bereits dargelegt. Es fragt sich hier also nur, ob diese ganze Vertragsgruppe als „gemischte Verträge" wenigstens ohne weiteres nach Analogie der §§ 305—306 behandelt werden kann, oder ob auch sie grundsätzlich zunächst dem § 303 unterfällt. Für die unmittelbare Anwendung des § 303 sprechen hier die gleichen Gründe, welche uns oben (S. 28 f.) bewogen, eine

mittelbare Unterstellung unter § 305 und 306 abzulehnen: Ein-
al die Schwierigkeit, eine klare Abgrenzung dieser Vertrags-
uppe vorzunehmen, anderseits der Ausnahmecharakter der
usionsvorschriften. Wir werden es daher auch hier vorziehen,
e Entscheidung nach dem in der systematischen Konstruktion
s Gesetzes deutlich geäußerten Willen des Gesetzgebers zu
effen, zumal sich für die Ansicht, die genannten Verträge soll-
n nicht grundsätzlich dem § 303 unterfallen, keinerlei Stütze
der Entstehungsgeschichte des Gesetzes findet.

Als einziger gangbarer Weg, in bestimmten Fällen den-
ch zu einer analogen Anwendung der Fusionsvorschriften zu
langen, erscheint dann aber die oben geschilderte Methode der
ebotsberichtigung". Das werden vorwiegend die Fälle barer
genleistungen sein, in denen eine Anwendung des § 303 nicht
r Verwirklichung der Zwecke des Gesetzgebers führen würde.
d es wird Hauptaufgabe dieser Arbeit sein, diese Fälle genauer
umgrenzen. Notwendig ist dazu zunächst eine eingehende
trachtung der Gründe und Zwecke, die sich aus dem gesamten
e Vermögensveräußerung im ganzen und die Verschmelzung
treffenden Vorschriftenkomplex erschließen lassen.

KAPITEL 5.

Eine eingehende Betrachtung der §§ 303—306 läßt als Hauptzweck des Gesetzgebers das Streben erkennen, die Verwertung geschlossener Unternehmen zu erleichtern und die Liquidation dort zu vermeiden, wo in anderer Weise für einen völlig gleichwertigen Gläubigerschutz gesorgt ist. Die Schutzvorschriften des § 306 gewähren einen solchen jedoch nur dann, wenn durch möglichst weitgehende Beteiligung der Aktionäre der aufgelösten A.-G. an der übernehmenden A.-G. die Interessen beider Personenkreise eng miteinander verknüpft werden.

Über die Grundsätze und allgemeinen Zweckvorstellungen, welche bei der Schaffung der Vorschriften über die Vermögensveräußerung im ganzen und die Fusion vorgeherrscht haben, gibt uns die Entstehungsgeschichte keine volle Klarheit. Wir sind daher genötigt, die uns bekannten oder offensichtlichen Zwecke einzelner Vorschriften miteinander zu vergleichen und aus ihnen die Grundsätze zu erschließen, die eine vernünftige Einordnung dieser einzelnen Vorschriften und ihrer Zwecke ermöglichen. Hauptaufgabe unserer Betrachtung muß es dabei natürlich sein, aus diesen allgemeinen Zweckvorstellungen Klarheit über die Gründe zu bekommen, die zu der gesetzlichen Regelung der Fusion geführt haben.

Betrachtet man die §§ 303—306 nacheinander und in ihrem größeren Zusammenhang, so wird man in ihnen zunächst das Streben des Gesetzgebers erkennen, die Verwertung des Gesellschaftsvermögens durch Zulassung seiner Übertragung als geschlossenes Unternehmen zu erleichtern. Dazu führt folgende Überlegung: Wird das Gesellschaftsvermögen in seine Teile zerlegt, und werden diese Teile einzeln veräußert, so wird in aller Regel die Summe der zu erzielenden Gegenwerte nicht den Wert, den das Vermögen als Ganzes darstellt, erreichen, da hier der imponderabile Wert, den das geschlossene Unternehmen als sol-

es darstellt, der sog. „Organisationswert", unberücksichtigt eiben muß. Nun könnte an sich eine Veräußerung des Vergens als Ganzes auch schon allein auf Grund von § 298 in rbindung mit § 149 HGB. in dem Sinne geschehen, daß die quidatoren die gesamten Aktiva an ein und denselben Ererber veräußern, und daß dann — man vergleiche RGZ. 69 284 und RGZ. 71 S. 377 — seitens des Erwerbers notwendig ch § 419 BGB. auch die Schulden kumulativ übernommen erden. § 303 ermöglicht aber speziell die Veräußerung des samten Vermögens als Einheit, insbesondere als geschlossenes nternehmen, das vom Erwerber weitergeführt werden soll. ernach können die Liquidatoren auch die Passiva insgesamt ertragen, und durch Absatz 3 der Vorschrift wird besonders für gesorgt, daß während der Liquidationszeit das Vermögen s werbender Betrieb erhalten werden kann [1]). Der Raum, den 303 für eine solche Gesamtverwertung beläßt, ist aber immer ch stark beengt durch die regelmäßigen Liquidationsvorschrifn. Besonders ist die Vorschrift des § 303 Abs. 3 Satz 2, wonach ne Ausantwortung des Vermögens erst nach Ablauf des Sperrhres erfolgen darf, trotz mancher Möglichkeit, die praktische uswirkung zu mildern, immer eine schwere Belastung für den rwerber, kommt es diesem doch sehr häufig darauf an, das nternehmen sofort, in seiner augenblicklichen Gestalt und seien augenblicklichen Erwerbsaussichten, in seine freie Verfüung und Leitung zu überführen [2]). Auch mag auf die hohen nkosten, die bei einer solchen Gesamtverwertung infolge der otwendigen Einzelübertragung entstehen, hingewiesen werden. er Gesetzgeber hat keineswegs verkannt, daß die durch diese achteile bedingte Herabdrückung des Veräußerungswertes, olkswirtschaftlich schädlich wirkt; es müssen zwingende

1) So z. B. Ullmann, „Die Veräußerung des Vermögens einer A.-G. im nzen" S. 25, und ferner Hachenburg, a. a. O. Sp. 651; wenn dieser aber gt, wirtschaftlich sei damit auch hier schon die Liquidation ausgeschlossen, so ht das u. E. zu weit.

2) Man vgl. Ullmann, a. a. O. S. 43 unten.

Gründe vorgelegen haben, die ihn zu einer solchen Belastung des Veräußerers bestimmten.

Damit kommen wir zu der zweiten allgemeinen Zweckvorstellung, die bei dieser gesetzlichen Regelung offenbar entscheidend war, zu der Vorstellung nämlich, daß die Gläubiger der nach § 303 Abs. 2 infolge des Veräußerungsbeschlusses aufgelösten A.-G. vor einer Gefährdung ihrer Ansprüche durch besondere Vorschriften gesichert werden müssen. Daß dieser Gedanke den Kern der gesamten Regelung der Veräußerung des Gesellschaftsvermögens im ganzen ausmacht, beweist bereits die Vorschrift des § 304. Hier gewährt der Gesetzgeber die Möglichkeit, durch Vereinbarung die genannten Schranken der Liquidation zu beseitigen, offenbar nur aus dem Grunde, weil er dem Staat oder der Gemeinde, die nun sofort an die Stelle des alten Schuldners treten, eine stets vorhandene Zahlungsfähigkeit zutraute, die einen besonderen Gläubigerschutz unnötig macht[3]). Schon aus den Vorschriften der §§ 303 und 304 läßt sich somit — zunächst ohne Berücksichtigung der §§ 305 und 306 — als engeres gesetzgeberisches Prinzip herausstellen das Streben, die Liquidation, welche notwendig eine Unterbewertung des Gesamtvermögens herbeiführt, überall dort zu ersparen, wo den Gläubigern der untergehenden A.-G. eine andere Sicherung geboten wird, welche sie gegen Benachteiligung durch die den Untergang der A.-G. herbeiführende Veräußerung des Vermögens im ganzen schützt, und welche der durch die Liquidation geschaffenen Gläubigersicherung in jeder Hinsicht gleichwertig ist.

Entscheidend für unsere Untersuchung wird die Frage, wie weit sich die Fusionsvorschriften, insbesondere § 306, mit

---

3) Es ist allerdings richtig, daß die Liquidation bei der Veräußerung im ganzen auch noch anderen Zwecken dienen kann, beispielsweise eine gewisse Sicherung des Erwerbers darstellt vor der Übernahme ihm nicht bekannter Schulden der aufzulösenden A.-G. (Vgl. z. B. Denkschr. S. 178 sowie Heymann (Bremen) a. a. O. S. 225 f., und Breit in ZHR. Bd. 95 S. 19), doch treten diese Zwecke offenbar hier zurück.

diesem Prinzip in Einklang bringen lassen. Eine Untersuchung des § 306 könnte an sich zu drei verschiedenen Ergebnissen führen, die wir in ihrem Verhältnis zu den bisher ermittelten Zwecken vorher betrachten möchten, um eine Vereinfachung der Fragestellung zu ermöglichen. Es könnte sich einmal ergeben, daß die in § 306 aufgeführten besonderen Schutzvorschriften — getrennte Verwaltung während des Sperrjahres, gesamtschuldnerische Haftung des Vorstandes und des Aufsichtsrates bei Verletzung dieser Vorschriften etc. — einen völlig gleichwertigen Ersatz für die Liquidationsvorschriften darstellen. Möglich wäre weiterhin der Schluß, daß ohne weiteres eine solche Gleichwertigkeit der Schutzvorschriften nicht vorliegt, daß aber eine solche dadurch erreicht wird, daß Sicherheitsmomente hinzutreten, die für die Fusion gegen Aktiengewährung typisch sind. Endlich könnte man zu dem Resultat gelangen, daß keinesfalls eine solche Gleichwertigkeit des Gläubigerschutzes vorliegt. Nur in den ersten beiden Fällen würden sich die Fusionsvorschriften in das bereits aus § 303 und 304 ermittelte, oben S. 36 gekennzeichnete allgemeine Prinzip einordnen, im letztgenannten Falle dagegen müßte man den Schluß ziehen, daß der Gesetzgeber — etwa aus volkswirtschaftlichen Gründen — grundsätzlich eine Erleichterung gerade des fusionsmäßigen Zusammenschlusses bezweckt, und daß er im § 306 das Prinzip, die Liquidation nur bei gleichwertigem Gläubigerschutz zu vermeiden, zugunsten dieser Erleichterung der Fusion durchbricht.

Unsere Untersuchung hat sich daher an erster Stelle mit der Frage zu beschäftigen: Bieten, unter Zugrundelegung der Wertung des Gesetzgebers, die speziellen Schutzvorschriften des § 306 den Gläubigern der aufgelösten Gesellschaft in jeder Hinsicht die gleiche Sicherheit wie die ihren Schutz bezweckenden Liquidationsvorschriften, insbesondere die §§ 303 in Verbindung mit §§ 294, 297, 298 Abs. 1 und § 301? Kann diese Frage nicht voll bejaht werden, so ist zu untersuchen, ob das Fusionsinstitut als solches Momente enthält, die in Verbindung mit den Gläu-

bigerschutzvorschriften des § 306 den Gläubigern eine gleichwertige Sicherheit gewährleisten. Auf die dritte oben herausgestellte Frage braucht erst eingegangen zu werden, wenn auch in diesem Falle eine volle Bejahung nicht möglich ist. Die Untersuchung hat sowohl rechtliche als auch tatsächliche Umstände zu berücksichtigen, soweit diese dem Gesetzgeber bei seiner Wertung zugänglich waren.

Die erste der genannten Fragen kann nur beantwortet werden auf Grund eines eingehenden Vergleiches der Stellung, die die Gläubiger der aufzulösenden Gesellschaft einnehmen, wenn das Gesellschaftsvermögen nach § 303 „im Ganzen" veräußert wird, mit ihrer Lage bei einer „Verwertung des Gesellschaftsvermögens als Ganzes" unter Ausschluß der Liquidation nach § 306. Gemeinsam ist beiden Fällen, daß durch eine außerhalb des Kreises der Gläubiger stattfindende Rechtshandlung einerseits eine Verschiebung aller der Werte angebahnt wird, auf denen die tatsächliche Kreditwürdigkeit der Schuldnerpersönlichkeit beruht, anderseits darüber hinaus der rechtliche Untergang der Schuldnerpersönlichkeit selbst notwendig als Folge eintreten muß.

Die Sicherung der Gläubiger wird hauptsächlich dadurch erreicht, daß der den Gläubigern gefährliche Erfolg der Vermögensverschiebung oder des Unterganges der Schuldnerpersönlichkeit irgendwie aufgeschoben wird bis zur Befriedigung der Gläubiger. Im Falle des § 303 wird durch die Vorschrift des Abs. 3 S. 2 sowie des Abs. 3 S. 1 in Verbindung mit § 301 und § 302 Abs. 1 das Eintreten dieses Erfolges *rechtlich* verhindert, bis die Gläubiger befriedigt oder sichergestellt sind und das Sperrjahr abgelaufen ist. Anders bei der Fusion nach § 306. Dort tritt rechtlich sofort Vermögensübergang wie Erlöschen der Schuldnerpersönlichkeit ein. Durch die Vorschrift des § 306 Abs. 4 wird jedoch zugunsten der Gläubiger der aufgelösten Gesellschaft der Erfolg dieser Rechtsvorgänge z. T. wieder ausgesetzt. Man mag, wie R. *Goldschmidt* (a. a. O.

S. 95 f.) und wohl auch die herrschende Meinung [4]), die Fortdauer der Rechtspersönlichkeit der aufgelösten A.-G. auch im Rahmen dieser gesetzlichen Fiktion ablehnen, jedenfalls wird zugunsten der Gläubiger ein Sondervermögen geschaffen, das ihnen bevorzugt haftet und das den Vermögenswerten entspricht, die ihnen vor der Fusion verhaftet waren. Um jederzeit den Bestand dieses Sondervermögens tatsächlich feststellen zu können, wird ferner getrennte Verwaltung angeordnet. Im Konkurs der übernehmenden A.-G. haben die Gläubiger der aufgelösten A.-G. und auch wohl der Vorstand der im Konkurs befindlichen A.-G. ein Aussonderungsrecht (so die herrschende Meinung) [5]), gegebenenfalls ein Recht auf Herbeiführung eines gesonderten Konkurses über das Vermögen der aufgelösten A.-G. im Rahmen des Gesamtkonkurses. Ferner steht ihnen und dem Vorstand der übernehmenden A.-G. bei Einzelvollstreckung, die von anderer Seite in das Sondervermögen erfolgt, das Recht der Widerspruchsklage nach § 771 ZPO. zu [6]). Rechtlich entspricht ihre Stellung somit derjenigen, welche die Gläubiger einer A.-G. einnehmen, die ihr Vermögen nach § 303 veräußert hat, und über deren in Liquidation befindliches Vermögen Konkurs eröffnet wird.

Von größter Wichtigkeit für die Gläubiger ist natürlich

4) Man vergl. dazu z. B. Reichsgerichtsurteil vom 12. 4. 1904, mitgeteilt bei Holdheim 13. Jhrg. S. 265 f.

5) Dafür Staub-Pinner, § 306 Anm. 19, Brodmann, „Aktienrecht" § 306 Anm. 4 d, Lehmann-Ring, § 306 Nr. 10, Ullmann, a. a. O. S. 80; dafür auch RGZ. 71 S. 380. Dagegen Jaeger, „Konkursordnung" § 208 Anm. 21 (Absonderungsrecht!).

6) Dafür Ullmann, a. a. O. S. 79; Staub-Pinner, § 306 Anm. 19; Makower, a. a. O. § 306 III c. 3); Breit, ZHR. Bd. 95 S. 380; Däbritz, „Die Fusion von A.-G." Diss. Leipzig 1908 S. 37; Auerbach, „Die Wirkungen einer Fusion nach § 306 HGB." Diss. Gießen 1911 S. 41 u. a. Ebenfalls für Zulassung der Interventionsklage, für deren Erhebung jedoch nur der Vorstand der übernehmenden A.-G. berechtigt sein soll, während den Gläubigern nur das Recht der Erinnerung nach § 766 ZPO. zugestanden wird, Stein-Jonas, § 778 V; Lehmann-Ring, § 306 Nr. 10; Brodmann, § 306 Anm. 4 b; R. Goldschmidt, a. a. O. S. 97 f. Gegen jede Zulassung der Interventionsklage: Jaeger, „Konkursordnung" § 207 Anm. 21.

auch, daß in der Zwischenzeit die tatsächliche Vermögenssubstanz nicht verringert wird durch eine ungeeignete Verwaltung des Sondervermögens. Der tatsächliche Bestand ist ja in keinem der beiden verglichenen Fälle unveränderlich, es besteht z. B. kein Veräußerungsverbot; die Erhaltung des bestehenden Wertes wird durch dingliche Surrogation, also dadurch erreicht, daß bei Veräußerungen die erzielten Gegenwerte an die Stelle der ausscheidenden Vermögensstücke treten. Notwendig ist hier daher ein Vergleich, inwieweit etwa die Gläubiger in einem der beiden Fälle größeren Gefahren dadurch ausgesetzt sind, daß die Vermögensverwaltung zu gefährlichen Verfügungen freie Hand hat. In rechtlicher Beziehung ist hier der Unterschied zwischen den gegenübergestellten Fällen nicht sehr bedeutend. Bei der Fusion nach § 306 erfolgt die Verwaltung durch den Vorstand der übernehmenden A.-G. Im einzelnen hat er für getrennte Kassen- und Buchführung, Kenntlichmachung des Sondervermögens in der jährlichen Bilanz[7]), bei Beginn der Verwaltung auch für Inventarisierung zu sorgen. Zu Verfügungen über einzelne Vermögensstücke ist er voll berechtigt, soweit eine regelmäßige Verwaltung solche mit sich bringt, und, wie man mit Breit, ZHR. Bd. 95 S. 387, hinzufügen muß, die Vorzugsrechte der Gläubiger durch die Verfügung nicht gefährdet werden[8]). Bei der Vermögensveräußerung im ganzen nach § 303 wird das Vermögen in der Zwischenzeit durch die Liquidatoren verwaltet. Dabei ist aber von Bedeutung, daß diese Verwaltung nicht durch die engen Grenzen des § 149 gebunden ist, wenn, wie wir in allen hier zum Vergleich stehenden fusionsähnlichen Geschäften vermuten dürfen, ein im Betrieb befindliches Unternehmen das Gesellschaftsvermögen darstellt. Hier ist es ja notwendig, daß der Betrieb als erwerbender fortgesetzt wird, und sinngemäß ist deshalb aus § 303 Abs. 3

7) Man vergleiche Breit, ZHR. Bd. 95 S. 390, der übrigens S. 389 auch Einbeziehung des Gewinnes des Sondervermögens in die Gewinnrechnung der übernehmenden A.-G. und Ausschüttung desselben zuläßt.

8) Man vgl. hierzu RGZ. 77 S. 272 und 84 S. 246.

Satz 1 zu entnehmen, daß die Liquidatoren zu allen Geschäften, welche die Fortführung des erwerbenden Unternehmens notwendig macht, ermächtigt sein müssen[9]). Wenn man weiter bedenkt, daß bereits in diesem Stadium, also vor der rechtlichen Vermögensverschiebung, die übernehmende A.-G. bedeutenden Einfluß auf die Verwaltung der Liquidatoren gewinnen kann, ja ihre Vorstandsmitglieder selbst zu Liquidatoren bestellt werden können, so darf man sagen, daß auch in bezug auf die Verwaltung rechtlich ein bedeutsamer Unterschied nicht besteht zwischen der Gläubigersicherung im Falle des § 303 und der im Falle des § 306.

Schließlich muß unser Vergleich noch darauf erstreckt werden, ob in bezug auf den Rechtsschutz, den die Gläubiger bei Nichteinhaltung der Schutzvorschriften genießen, bedeutende Unterschiede bestehen. Bei der Veräußerung nach § 303 haften für die Einhaltung dieser Vorschriften die Liquidatoren auf Grund von § 298 Abs. 2 in Verbindung mit § 241 Abs. 2—4. Ebenso haftet der Aufsichtsrat der aufgelösten A.-G., dessen Überwachung die Liquidatoren unterstehen (§ 298 Abs. 2 in Verbindung mit § 249). Endlich haftet daneben gegebenenfalls noch die übernehmende A.-G. auf Grund von § 823 Abs. 2 BGB. in Verbindung mit § 303 Abs. 3 S. 2 HGB. und § 31 BGB. Ganz ähnlich steht es bei der Verwertung des Vermögens durch Fusion nach § 306. Es haften hier anstatt der Liquidatoren im Falle der Veräußerung nach § 303 die Mitglieder des Vorstandes und des Aufsichtsrates der übernehmenden A.-G. (§ 306 Abs. 6) persönlich und gesamtschuldnerisch, sowohl dafür, daß die Trennung der Verwaltung vorschriftsmäßig erfolgt, wie auch dafür, daß keine vorzeitige Vereinigung entgegen § 306 Abs. 5 geschieht; der Aufsichtsrat haftet hier allerdings nur, soweit die Vereinigung mit seinem Wissen und ohne sein Einschreiten erfolgte. Auch hier steht daneben eine Haftung der

9) Vgl. Denkschr. S. 177 f.; dafür auch Brodmann, „Aktienrecht" § 303 Bem. 5, sowie Staub-Pinner, § 303 Anm. 14 S. 821; dagegen RGZ. 77 S. 272.

übernehmenden A.-G. aus § 823 Abs. 2 und § 31 BGB. Abgesehen von der Auswechselung der haftenden Personen — die tatsächliche Bedeutung haben mag — sind auch hier wesentliche Unterschiede in der Rechtsstellung nicht zu ermitteln, wobei noch erwähnt sein soll, daß nach § 306 Abs. 3 trotz Untergangs der aufgelösten A.-G. den Gläubigern ihr alter Gerichtsstand erhalten bleibt. Auch in dieser Hinsicht sind also die Gläubiger der aufgelösten A.-G. bei der Fusion rechtlich nicht schlechter gestellt, als bei der Veräußerung nach § 303, im Gegenteil, die Regelung des § 306 ist r e c h t l i c h für sie in einer Hinsicht sogar noch vorteilhafter: Bei der Veräußerung nach § 303 würde vom Abschluß des obligatorischen Veräußerungsvertrages an die übernehmende A.-G. auch als solche für die Schulden der aufgelösten A.-G. nach § 419 Abs. 1 BGB. haften, aber nach Abs. 2 dieser Vorschrift mit Beschränkung auf den Bestand der ihr aus dem Veräußerungsvertrage zustehenden Rechte, d. h. also mit Beschränkung auf den der übernehmenden A.-G. aus dem Vertrage zustehenden Anspruch auf Ausantwortung des Aktivvermögens. Da aber dieser Anspruch erst nach Ablauf der Sperrfrist in seiner Höhe festgestellt und befriedigt werden kann, so ist während dieser Frist — und in diesem Zeitraum ist ja hier die Gläubigerstellung zu vergleichen — die Haftung der übernehmenden A.-G. aus § 419 BGB. praktisch ohne Bedeutung [10]). Bei der Fusion nach § 306 dagegen haftet, von der den Untergang der aufgelösten A.-G. bewirkenden Eintragung der erfolgten Kapitalserhöhung an [11]), die übernehmende A.-G. mit ihrem gesamten Vermögen unbeschränkt (§ 306 Abs. 1 in Verbindung mit § 304 Abs. 5) infolge Universalsuccession [12]). Wir möchten daher mit v. Z i e g l e r (in Holdheim 18. Jhrg. S. 61) und J u n c k (a. a. O. Sp. 504) den

10) Vgl. B r o d m a n n, „Aktienrecht" § 303 6) c 1) S. 520.

11) So herrschende M.; anders B r o d m a n n, „Aktienrecht" § 306 1. b S. 531.

12) So wohl die h. M., z. B. S t a u b - P i n n e r, § 306 Anm. 19 u. 304 Anm. 8, B r o d m a n n, § 304 4 a S. 523 u. § 306 2. S. 532; unbestimmt RGZ. 71 S. 380 oben für die Zeit der getrennt. Verwaltg.

Schluß ziehen, daß rein rechtlich gesehen die Schutzvorschriften des § 306 dem durch die Liquidation bei Veräußerung nach § 303 gewährten Gläubigerschutz voll gleichwertig sind.

Damit ist jedoch noch nicht erwiesen, daß der Gesetzgeber sich bei diesem notwendigen Ergebnis eines nur die rechtliche Seite umfassenden Vergleichs beruhigt hat. Im Gegenteil, die Tatsache, daß der Gesetzgeber unmittelbar die Möglichkeit der Liquidationsausschließung (abgesehen von § 304) nur in den Fällen der Fusion gewährt, läßt darauf schließen, daß er die Schutzvorschriften des § 306 in ihrem tatsächlichen Sicherungswert dem Gläubigerschutz im Falle der Liquidation nicht völlig gleichstellte, daß er insbesondere der sorgfältigen Durchführung der Schutzvorschriften des § 306 mißtraute, weil bei der Verwaltung durch die übernehmende Gesellschaft ein gewisser Interessenkonflikt vorliegt, der im Falle des § 303, wo Liquidatoren die Verwaltung führen, fehlt. Der Vorstand der übernehmenden A.-G. wird in der Regel weniger Verständnis dafür haben, daß er in diesen Fällen trotz Übergangs des Vermögens auf seine A.-G. verpflichtet bleibt, soweit das gesonderte Vermögen in Frage steht, die Spezialinteressen der Gläubiger der aufgelösten A.-G. zu berücksichtigen. Er wird häufig nur den Gedanken haben, schon jetzt diene das gesonderte Vermögen allein dem Interesse der übernehmenden A.-G. und müsse in dieser Richtung voll ausgenutzt werden [13]). Anders, wenn die Verwaltung durch Liquidatoren geführt wird; regelmäßig werden dies Mitglieder des Vorstandes der aufzulösenden A.-G. sein, deren Interessen nicht ohne weiteres mit denen der übernehmenden A.-G. verbunden sind. Ihr Streben kann nur sein,

---

13) Der tatsächliche Wert der Schutzvorschriften des § 306 wird vielfach angezweifelt. Genannt seien: Brodmann in ZBlHR. 2. Jhrg. S. 128; Flechtheim, „Die Strukturwandlungen der Wirtschaft und das Aktienrecht", Gutachten für den Enquête-Ausschuß S. 11. Auch die zur Vorbereitung einer Aktienrechtsform eingesetzten Kommissionen des Deutschen Juristentages (Bericht S. 40) und des Deutschen Anwaltvereins (Antworten S. 90, Frage 69) haben sich in dieser Richtung ausgesprochen.

durch eine vorsichtige Verwaltung bis zur Vermögensübertragung den Bestand zu wahren und gegebenenfalls unter Vermeidung riskanter Geschäfte zu mehren; damit ist aber besonders auch den Gläubigern der aufgelösten A.-G. gedient. Unsere Untersuchung muß sich daher nunmehr mit der Frage beschäftigen, ob trotz Vermeidung der Liquidationsverwaltung in den Fällen der Fusion nach § 306 dennoch der Gläubigerschutz auch tatsächlich nicht geringer ist als eine in diesen Fällen durch Beibehaltung der Liquidation erzielbare Sicherung. Hier wird u. E. folgende Überlegung entscheidend: Bei der Fusion würde auch durch zwingend vorgeschriebene Liquidationsverwaltung dennoch praktisch nicht sehr viel gewonnen, wenn, wie üblich, die Liquidation vom Vorstande der aufgelösten A.-G. geführt wird. Denn dieser ist ja als neues Mitglied, nicht selten auch als zukünftiges Vorstandsmitglied der übernehmenden A.-G., an deren Interessen ganz ähnlich beteiligt wie der bei Liquidationsausschluß die Verwaltung führende Vorstand der übernehmenden A.-G. Gerade bei der Fusion fällt also die oben geschilderte günstige tatsächliche Seite der Liquidationsverwaltung regelmäßig fort, und wäre daher eine Gleichwertigkeit des Gläubigerschutzes auch auf tatsächlichem Gebiet am ehesten vorhanden, die bei einer Ausschließung der Liquidation in den übrigen Fällen der Vermögensverwertung im ganzen nicht erreicht werden könnte. Diese Interessenverbundenheit hat aber auch noch eine gewichtige positive Seite, auf die besonders Hueck („Sind bei einer Fusion Barzahlungen an die Aktionäre der aufzunehmenden Gesellschaft zulässig?" in ZBlHR. 5. Jhrg. 1930, S. 278 ff.) hinweist. Gefahr droht den Gläubigern der aufgelösten A.-G. durch die Ausschließung der Liquidation besonders dann auf tatsächlichem Gebiet, wenn unzuverlässige oder unfähige Personen mit der Führung der getrennten Verwaltung betraut werden. Würde man anderseits auch in den Fällen der Veräußerung des Gesamtvermögens nach § 303 die Verwaltung unter sofortigem rechtlichen Übergang des Vermögens in die Hände des Vorstandes der erwerbenden A.-G. legen, so könnten, was

die Eignung dieses Vorstandes betrifft, die Gläubiger ebenfalls ohne ihr Zutun in eine üble Lage geraten; denn der Vorstand der aufgelösten A.-G., der sich seinen Vertragsgegner und damit auch den Verwalter für die Sperrfrist aussucht, ist nicht daran interessiert, sein Augenmerk auch darauf zu richten, daß die übernehmende A.-G. von Personen geleitet wird, die im Geschäftsleben Erfolg gehabt haben und als tüchtig auch für die Zukunft Vertrauen genießen; ihm möchte es genügen, eine im Augenblick zahlungskräftige A.-G. zu finden, gleichgültig, ob man ihr auf Grund ihrer Geschäftsleitung auch für die Zukunft Vertrauen entgegenbringt oder nicht. Hueck kommt daher (a. a. O. S. 282) zu der u. E. treffenden Formulierung: „Die Schutzbestimmungen des § 306 genügen dann nicht, um die Gläubiger der übertragenden Gesellschaft zu sichern, wenn der Erwerber des Vermögens nicht zuverlässig und tüchtig ist. Der Gesetzgeber kann deshalb ohne Bedenken eine liquidationslose Übertragung des Vermögens nur dann zulassen, wenn der Erwerber mit genügender Sorgfalt ausgesucht ist." . . „und das trifft in den Fällen der § 305 und 306 um deswillen zu, weil hier die Aktionäre der übertragenden Gesellschaft selbst Aktionäre der übernehmenden Gesellschaft werden, also selbst das größte Interesse an der Zuverlässigkeit und Solidität der übernehmenden Gesellschaft haben" [14]).

Abschließend glauben wir hier somit sagen zu dürfen: Die offenbaren Prinzipien der §§ 303—306 sowie ein Vergleich der vom Gesetz dort geregelten Sonderfälle lassen erkennen, daß der Gesetzgeber wahrscheinlich deshalb die liquidationslose Fusion auf die Fälle reiner Aktiengewährung beschränkt hat, weil nur dann durch eine möglichst weitgehende Beteiligung aller Mitglieder der aufzulösenden A.-G. an der übernehmenden

14) Der gleiche Gedanke — Fusion ist ein Geschäft ganz besonderen Vertrauens und fordert notwendig die Verknüpfung der Schicksale beider Gesellschaften — wird auch von Heymann (Bremen) a. a. O. S. 234 ausgesprochen; allerdings zieht H. daraus den zu weitgehenden Schluß, jede Barzahlung müsse unterbleiben.

A.-G. ein der Liquidation gleichwertiger Gläubigerschutz auch auf tatsächlichem Gebiet erreicht wird. Wir sind uns darüber klar, daß heute der einwandfreie Beweis nicht mehr geführt werden kann, der Gesetzgeber habe diese Überlegung bei seiner Zwecksetzung angestellt [15]); man wird sie erst dann anerkennen und ihr für die Beurteilung der Zuzahlungsfälle entscheidende Bedeutung beimessen dürfen, wenn andere einleuchtende Gründe für die Beschränkung des Liquidationsausschlusses auf die Fälle reiner Aktiengewährung nicht aufzuzeigen sind [16]).

Wir haben bisher das Problem des Gläubigerschutzes nur insoweit erörtert, als die Liquidationsvorschriften diesen Schutz übernehmen. Aber auch außerhalb dieser Vorschriften hat dieser Zweck Ausdruck im Gesetz gefunden, nämlich in den Vorschriften der §§ 213 und 215, die speziell die Gläubigerbenachteiligung durch Auszahlung des Gesellschaftsvermögens an die den Gläubigern ja nicht verhafteten Aktionäre verhindern wollen. Besonders Brodmann [17]) hat betont, daß in allen Fällen, wo irgendwelche Zahlungen an die Aktionäre der aufzulösenden A.-G. stattfinden, eine Vermeidung der Liquidation schon deshalb nicht möglich sei, weil diese Zahlungen, außerhalb der Liquidation vorgenommen, stets gegen das Verbot der §§ 213 und 215 verstoßen würden. Das müßte, wenn es zuträfe, einen einleuchtenden Grund dafür abgeben, daß das Gesetz die liquidationslose Fusion auf die Fälle beschränkt, in denen die Gegenleistung lediglich in Aktien besteht. Wie Brodmann ohne weiteres zugegeben werden muß, ist der Umstand, daß die aufgelöste A.-G. diese Auszahlungen nicht selbst vornimmt, sondern auf Grund eines Vertrages zugunsten ihrer Aktionäre von der übernehmenden A.-G. ausführen läßt, ohne Bedeutung. Das von

---

15) So auch Hueck a. a. O. S. 282.

16) Grundsätzlich anderer Ansicht Kramer, Diss. Greifswald 1913 S. 42, der jede Beachtung solcher mutmaßlichen Zwecke ablehnt, solange keine volle Gewißheit über den Willen des Gesetzgebers bestehe.

17) In ZBlHR. 2. Jhrg. 1927, S. 124—131 und ebenso Heymann (Bremen) a. a. O. S. 232.

Brodmann (a. a. O. S. 128) gewählte Beispiel — eine A.-G. verkauft einen Teil ihrer Grundstücke und vereinbart mit dem Erwerber unmittelbare, dem Aktienbesitz entsprechende Auszahlung des Entgelts an ihre Aktionäre — kann auch u. E. nicht anders beurteilt werden[18]). Aber eine Veräußerung des Vermögens der A.-G. im ganzen weist, und das verkennt Brodmann auch keineswegs, gegenüber dem gewählten Beispiel starke Verschiedenheiten auf. Die Gesellschaft veräußert ja hier nicht Teile ihres Vermögens, um den Gegenwert dafür ihren Aktionären zukommen zu lassen, sondern sie will ihr gesamtes Dasein und damit auch die bisherigen Mitgliederrechte ihrer Aktionäre durch Veräußerung ihres Vermögens beenden. Es ist klar, daß den Aktionären in irgend einer Weise der Wert ihrer untergegangenen Mitgliederrechte vergütet werden muß, und es bedurfte einer besonderen Regelung, eben der Liquidationsvorschriften, um dieses Recht der Aktionäre mit dem Anspruch der Gläubiger auf Schutz vor Entziehung der Haftungsgrundlage zu vereinen. Insoweit sind die Liquidationsvorschriften Spezialvorschriften, die dem § 215 vorgehen. Würde man sie bei der Vermögensveräußerung im ganzen ausschließen, so würde man damit notwendig — wie Brodmann zu folgern scheint[19]) — das allgemeine Auszahlungsverbot des § 215 in Kraft setzen und dadurch die Abwicklung des Veräußerungsgeschäftes durch Barleistungen überhaupt unmöglich machen. Dem müßte man zustimmen, wenn § 215 tatsächlich stets Auszahlungen, die in Erfüllung der Vermögensveräußerung gemacht werden, erfaßte. Vergegenwärtigt man sich den Zweck dieser Vorschrift — Sicherung der Gläubiger der A.-G. gegen Entziehung der Haftungsgrundlage durch Ausschüttung des Vermögens an die persönlich nicht haftenden Aktionäre — so wird man dies gerade in den uns hier interessierenden Fällen

18) So auch R. Goldschmidt a. a. O. S. 42; anderer Ansicht dagegen anscheinend Schmalenbach, „Finanzierungen" S. 154, der dort unter Ziffer 1 ein ähnliches Vorgehen für rechtlich möglich hält.

19) A. a. O. S. 129 Sp. 2, Ende des 1. Abs

nicht bejahen können. In dem von Brodmann gebildeten, oben mitgeteilten Beispiel wird, zwar nicht durch die an die Aktionäre erfolgten Auszahlungen, die ja aus einem fremden Vermögen erfolgen, wohl aber durch die ganze Anlage des Geschäftes die einzige Haftungsgrundlage der Gesellschaftsgläubiger geschmälert, da ihr, eben auf Grund der Vereinbarung, kein Gegenwert für veräußerte Vermögensstücke zufließt. Ganz anders bei einer Auszahlung von seiten der übernehmenden A.-G. an die Aktionäre der aufgelösten A.-G. im Falle einer Vermögensverwertung im ganzen, die, um den Vergleich für unsere Untersuchung durchzuführen, unter Ausschluß der Liquidation aber unter Einhaltung der in § 306 enthaltenen Schutzvorschriften erfolgen möge. Haftungsgrundlage ist in erster Linie das in seinem Bestand durch § 306 Abs. 2 und 4—6 gesicherte Sondervermögen; keine Auszahlung aus dem freien Vermögen der übernehmenden A.-G., aber auch nicht die ganze Anlage des Veräußerungsvertrages selbst können den den Gläubigern verhafteten Bestand desselben verringern. Der allgemeine Zweck des § 215 ist hier durch die besonderen Schutzvorschriften des § 306 rechtlich ebenso gesichert wie im Falle der Liquidation, und u. E. müßte deshalb die Anwendung jener allgemeinen Vorschrift in gleicher Weise ausgeschlossen sein. Brodmann kommt zu seiner Behauptung eben nur dadurch, daß er stets stillschweigend voraussetzt, diese Schutzvorschriften würden übertreten, d. h. daß er ihnen jeden praktischen Wert abspricht. Damit ist aber klar, daß die ganze Frage nach dem Verhältnis der § 213 und 215 zu etwaigen Auszahlungen sich völlig einordnet in die oben herausgestellte beherrschende Frage „wie hat der Gesetzgeber den im § 306 für den Fall des Liquidationsausschlusses angeordneten Gläubigerschutz rechtlich und praktisch gewertet?", daß sie aber nicht geeignet ist, als besonderer sachlicher Grund für die Beschränkung der liquidationslosen Fusion auf die Fälle reiner Aktiengewährung zu dienen[20]).

20) Die Behauptung aber, der Gesetzgeber sei von vornherein von der praktischen Unbrauchbarkeit der besonderen Schutzvorschriften des § 306 überzeugt

Das Problem der Gläubigersicherung muß aber auch noch nach einer anderen Seite betrachtet werden, da behauptet wird, der Gesetzgeber habe bei der liquidationslosen Fusion nach § 306 deshalb keine baren Gegenleistungen zugelassen, weil auch das Vermögen der übernehmenden A.-G. im Interesse ihrer Gläubiger vor einer Schmälerung seines Bestandes durch den Fusionsvorgang bewahrt bleiben müsse. Man weist darauf hin, daß die vor der Fusion voneinander getrennten Gläubigerkreise der aufgelösten A.-G. und der übernehmenden A.-G. sich infolge der nach § 306 eintretenden Universalsuccession zu einer Gruppe vereinigen, für die das nunmehrige Gesamtvermögen der übernehmenden A.-G., das auch das Sachvermögen der aufgelösten A.-G. mit umfaßt, als Haftungsgrundlage dient. Werden nun von der übernehmenden A.-G. aus ihrem bisherigen Vermögen Zuzahlungen gewährt, so werden dadurch ihre bisherigen Verbindlichkeiten trotz Schmälerung der Haftungsgrundlage nicht verringert, die Stellung der Gläubigerschaft insgesamt also verschlechtert [21]). So einleuchtend diese Erwägung auf den ersten Blick erscheint, glauben wir dennoch bestreiten zu müssen, daß in ihr der Grund für die gesetzliche Fusionsregelung zu suchen ist. Was zunächst die Gläubiger der aufgelösten A.-G. betrifft, so hatte der Gesetzgeber keinen Anlaß, ihnen über ihre bisherige Haftungsgrundlage hinaus Schutz zu gewähren, nachdem er sie durch die Schutzvorschriften des § 306 rechtlich genügend gesichert hatte [22]). Man müßte schon ein volles Mißtrauen des Gesetzgebers in jeden praktischen Wert dieser

---

gewesen, bedürfte eines klaren Beweises, der u. E. nicht zu führen ist; für die Annahme dagegen, der Gesetzgeber habe die Schutzvorschriften auch praktisch für durchführbar und zweckmäßig gehalten, spricht ihre Aufnahme in das Gesetz an sich, und ein einwandfreier Beweis erscheint hier eher entbehrlich. (Ähnlich R. Goldschmidt a. a. O. S. 43).

21) So besonders v. Ziegler in Holdheim. Jhg. 18 S. 61, der die Forderung aufstellt, die Fusion selbst dürfe niemals eine Minderung der Vermögenssubstanz beider Gesellschaften im Gefolge haben.

22) Anders und von seinem oben gekennzeichneten Standpunkte aus folgerichtig Brodmann a. a. O. S. 129 Sp. 2. Abs. I.

Schutzvorschriften unterstellen, wenn die obige Erwägung für ihn entscheidend gewesen sein sollte. Daß aber lediglich das Streben, die alten Gläubiger der übernehmenden A.-G. zu sichern, zur Ausschließung der Zuzahlungen bei der Fusion geführt habe, ist wenig wahrscheinlich. Gewiß sind Fälle denkbar, wo durch hohe Zuzahlungen, insbesondere bei Überbewertung des Vermögens der aufgelösten A.-G., die Haftungsgrundlage der Gläubiger der übernehmenden A.-G. erschüttert wird, man muß demgegenüber aber betonen, daß der Gesetzgeber — abgesehen von dem in § 215 ausgesprochenen Verbot einer Kapitalausschüttung an die Aktionäre [23]) — im Prinzip, einen Schutz der Gläubiger gegen Verminderung des realen Gesellschaftsvermögens nicht anerkennt [24]). Die Gläubiger einer A.-G. stehen nicht anders da als jeder Gläubiger einer natürlichen Person, dem im Notfalle Ausbringung eines Arrestes und dergl. zur Verfügung steht [25]). Man könnte, wenn von diesem Prinzip hier eine Ausnahme gemacht werden sollte, wohl einen bestimmten Hinweis im Gesetz oder wenigstens in den Motiven erwarten. Außerdem mag noch auf folgendes hingewiesen werden: Auch wenn man bei dem Vorliegen solcher Zuzahlungen auf der Liquidation

---

23) Daß diese Vorschrift, soweit sie im Interesse der Gläubiger der übernehmenden A.-G. gegeben ist, an sich schon Zuzahlungen verhindere, erscheint uns ausgeschlossen. Man wird zwar die Aktionäre der aufgelösten A.-G. nach dem bindenden Abschluß des Fusionsvertrages als Aktionäre auch der übernehmenden A.-G. ansehen müssen. Insoweit sie jedoch aus dem Fusionsvertrage unmittelbare Ansprüche auf Barzahlungen gegen die übernehmende A.-G. erwerben, stehen sie dieser offenbar als „Dritte" d. h. Nichtmitglieder gegenüber. Die Möglichkeit einer solchen Doppelstellung wird man u. E. nicht gut bestreiten können, sie ist im täglichen Leben sehr häufig und nicht zu vermeiden. (Ebenso Hachenburg a. a. O. Sp. 650 und Junck a. a. O. Sp. 501 unten; a. A. Heymann (Bremen) a. a. O. S. 233.)

24) Einen besonderen Schutz dieser Gläubiger befürwortet z. B. Schmalenbach („Technik der Fusionen" in Zeitschr. f. handelsw. Forschung 4. Jhrg. 1909/10 S. 56), nach welchem die Auszahlung der „an sich zulässigen" baren Gegenleistungen erst nach Ablauf der Sperrfrist erfolgen darf, auch wenn sie dem freien Vermögen der übernehmenden A.-G. entnommen werden.

25) Das betont auch Brodmann, „Über den Bericht usw." in ZHR. Bd. 94 S. 84.

besteht, kann eine Überbewertung vorkommen, die eine Minderung der Haftungsgrundlage zur Folge hat. Zwar könnte der Gegenwert auf dem Wege über die in Liquidation befindliche A.-G. den Aktionären derselben nicht sofort zufließen [26]) – das verhindert § 301 —, rechtlich stände aber nichts im Wege, daß Zahlungen zur späteren Ausfolgung an die Aktionäre den Liquidatoren gegeben werden. Endlich sei noch daran erinnert, daß eine Zuzahlung auch aus einer ad hoc vorgenommenen Kapitalserhöhung stammen kann, und daß dann die obigen Erwägungen in keiner Weise zutreffen, da es an einer Substanzminderung fehlt.

Beruhte aber die Eigenart der gesetzlichen Regelung nicht auf diesen Erwägungen über die Sicherung der Gläubiger, so mag man noch die Frage aufwerfen, ob durch den grundsätzlichen Ausschluß barer Gegenleistungen etwa dem Interesse der Aktionäre gedient werden sollte. Eine Benachteiligung der Aktionäre der übernehmenden A.-G. könnte nur dadurch eintreten, daß die für das anzugliedernde Unternehmen aus dem Vermögen der A.-G. hingegebenen Werte unverhältnismäßig hoch sind. Es ist nicht einzusehen, inwiefern in den Fällen, wo Liquidation erfolgt, dieser Schutz rechtlich ein stärkerer ist. Auch hier gehen Barzahlungen ohne Hindernis hinaus (man vgl. das oben Gesagte). Werden nur Aktien als Gegenleistung gegeben, so ist bei Überbewertung der Nachteil der Aktionäre nicht geringer: durch die übermäßige Erhöhung der Anteile werden ihre Rechte auf Dividende und Liquidationsertrag entsprechend entwertet. Für einen gewissen Schutz ist in beiden Fällen – Aktien als Gegenleistung oder gemischte Gegenlei-

---

26) Auch die von Schmalenbach, „Technik der Fusionen", S. 54 erörterte Möglichkeit, den Gegenwert unmittelbar an die Aktionäre der aufzulösenden A.-G. seitens der übernehmenden A.-G. auszufolgen, ist rechtlich nicht ausgeschlossen — die Gläubiger der aufzulösenden A.-G. sind ja durch § 303 Abs. 3 Satz 2 gesichert — praktisch wird sie aber wohl stets wegen des unnötigen damit verbundenen Risikos der übernehmenden A.-G. ausfallen.

stung — in gleicher Weise durch § 279 und gegebenenfalls § 207 gesorgt; die Aktionäre bekommen dadurch die Möglichkeit, ihre Interessen der Verwaltung der A.-G. gegenüber zu wahren. Daß durch die Beschränkung des Liquidationsausschlusses auf die reine Fusion etwa die Aktionäre der aufzulösenden A.-G. geschützt werden sollten, ist ebenso wenig anzunehmen. Sie könnten ja nur durch Unterbewertung ihrer Mitgliedschaftsrechte benachteiligt werden, diese können sie aber stets — mögen nun Aktien als Gegenleistung oder daneben Barzahlungen versprochen sein, mag Liquidation stattfinden oder nicht — dadurch verhindern, daß sie in ihrer Mehrheit, ja sogar als eine Minderheit, die mehr als ein Viertel des vertretenen Grundkapitals umfaßt (§ 303 Abs. 1), dem Geschäft ihre Zustimmung versagen [27]).

Da somit aus den bei der Fusion gegebenen besonderen Verhältnissen keine anderen einleuchtenden Gründe für die gesetzliche Regelung hergeleitet werden können, erscheint es unbedenklich, den oben S. 45 gekennzeichneten Erwägungen maßgebende Bedeutung bei der Bestimmung des Gesetzeszwecks beizumessen. Man könnte allerdings — vgl. oben S. 37 — noch einwenden, der Gesetzgeber habe sogar bei der Fusion ausschließlich gegen Aktiengewährung den durch § 306 erreichten Gläubigerschutz praktisch nicht für gleichwertig gehalten, er habe eine Minderung desselben durch den Liquidationsausschluß bewußt in Kauf genommen. U. E. kann diese Auffassung nur geringe Wahrscheinlichkeit für sich beanspruchen. Daß etwa bereits bei der Schaffung des ADHGB. der Gesichtspunkt einer betonten Begünstigung der Fusion herrschend war, wird man kaum behaupten können. Damals traten starke Zweifel auf, ob das ganze Institut überhaupt eine Berücksichtigung in der Gesetzgebung verdiene, noch weniger wird man geneigt gewesen sein, es in entscheidenden Punkten mit in der Sache selbst nicht begründeten Erleichterungen auszustatten. Gewiß hat bis

27) Ebenso Junck a. a. O. Sp. 502.

zur Abfassung des HGB. die Fusion an Bedeutung immer mehr zugenommen und sich in ihrer Stellung befestigt. Was aber wirtschaftlich sich daraus entwickeln werde, war zur Zeit der Abfassung des HGB. noch keineswegs übersehbar. Es ist nicht wahrscheinlich, daß man unter solchen Verhältnissen einen entscheidenden Schritt zur Begünstigung der Fusion bewußt tun wollte. Jedenfalls aber könnte man in diesem Falle erwarten, daß in die Denkschrift irgendwie ein Hinweis auf diese fusionsfreundliche Stellung des Gesetzes gelangt sein würde; das ist keineswegs der Fall, viel eher kann man in einzelnen Wendungen der Denkschrift Andeutungen dafür erblicken, daß man eine Rechtfertigung des Liquidationsausschlusses z. T. auch in den besonderen, nur bei Fusionen gegen ausschließliche Aktiengewährung gegebenen Umständen gesucht hat. U. E. spricht hierfür die weitaus größere Wahrscheinlichkeit, und wir möchten daher die Zwecke des Gesetzgebers bei der Regelung der gesamten Materie der „Veräußerung des Gesellschaftsvermögens im ganzen" abschließend folgendermaßen kennzeichnen: Die Vorschriften sollen die Verwertung geschlossener Unternehmen erleichtern; die Liquidation soll daher ausgeschlossen werden können, wenn ohne sie ein rechtlich und tatsächlich gleichwertiger Gläubigerschutz gewährleistet ist. Was die Fusion insbesondere betrifft, so ist festzustellen: auch hier erstrebt der Gesetzgeber die Vermeidung der Liquidation, wenn für einen voll und ganz gleichwertigen Gläubigerschutz gesorgt ist. Durch die besonderen Schutzvorschriften des § 306 wird ein solcher jedoch nur dann gewährleistet, wenn durch möglichst weitgehende Beteiligung aller Aktionäre der aufzulösenden A.-G. an der übernehmenden A.-G. auch für die Zukunft die Interessen dieser Personenkreise eng miteinander verknüpft werden.

KAPITEL 6.

Nähere Umgrenzung der Fälle barer Gegenleistungen, in denen eine unechte Gesetzeslücke deshalb vorliegt, weil die Anwendung des § 303 hier den in Kapitel 5 festgestellten Zwecken des Gesetzgebers widersprechen würde.

Nachdem zur Erforschung der gesetzlichen Zwecke eine Betrachtung der Fusionsvorschriften in ihrem weiteren Zusammenhange unumgänglich war, kann sich nunmehr unsere Untersuchung wieder auf die Fusionsfälle beschränken, in denen neben der Aktiengewährung irgendwelche bare Gegenleistungen ausgemacht sind. Ihr Ziel muß nunmehr sein, innerhalb dieses Gebietes die Fälle zu umgrenzen, in denen eine an sich gebotene Anwendung des § 303 infolge der darin ausgesprochenen zwingenden Anordnung der Liquidation den Zwecken des Gesetzgebers widerstreben würde, und deshalb dem Richter gestattet werden muß, diese Vorschrift nicht unmittelbar anzuwenden, vielmehr nach allgemeinen, noch zu erörternden Grundsätzen die entstandene Lücke auszufüllen. Zu betonen ist, daß bei dieser Untersuchung, die ja die Auswirkungen der Anwendung einer Gesetzesvorschrift zum Gegenstand hat, auch weitgehend nicht nur rechtliche, sondern auch tatsächliche Gesichtspunkte in Frage kommen.

Geht man von den vorstehend gekennzeichneten Zweckvorstellungen des Gesetzgebers aus, so würde die zwingende Forderung der Liquidation nach § 303 dann die Erreichung dieser Zwecke vereiteln, wenn ein gleichwertiger Gläubigerschutz auch bei Liquidationsausschluß gewährleistet ist, d. h. auf die hier interessierenden Fälle angewendet, wenn trotz einer teilweisen Abfindung der Aktionäre der aufzulösenden A.-G.

durch bare Gegenleistungen das eigene Interesse eines jeden Aktionärs mit dem der übernehmenden A.-G. in annähernd gleicher Weise durch Beteiligung verknüpft ist wie bei Abschluß eines Fusionsvertrages, der keinerlei andere Gegenleistungen als Aktien vorsieht. Denn nur in diesen Fällen könnten ja die Gläubigerschutzmaßnahmen [1]) Anspruch auf tatsächliche Gleichwertigkeit mit dem durch eine Liquidation gewährten Schutz machen. Theoretisch käme man leicht zu dem Schluß, nicht nur, daß die zu gewährenden Aktien im Verhältnis zu den ausgemachten Barleistungen wertmäßig das Übergewicht haben müssen, sondern daß diese Zuzahlungen wertmäßig überhaupt keinen irgendwie bedeutsamen Anteil an der Gegenleistung haben dürfen; denn nur dann wäre, rein rechnerisch gedacht, die Interessenverknüpfung eine gleich starke wie bei der Fusion ohne jede Barleistung. Bei einer solchen rechnerischen Überlegung wird man jedoch nicht stehenbleiben dürfen, wenn auf der Gegenseite ein schutzwürdiges Interesse die Zulassung gewisser Zahlungen erfordert; dann kann die Abgrenzung nur auf dem Wege über eine vorsichtige Abwägung der widerstreitenden Interessen erfolgen [2]).

Nicht berücksichtigt werden kann hier natürlich ein vielleicht vorhandenes selbständiges Interesse der Aktionäre, gerade Barzahlung als Gegenwert zu erhalten, oder ein solches der übernehmenden A.-G., anstatt Beteiligungen andere Werte als Gegenleistung hinzugeben; hier würde offenbar dem Interesse die rechtliche Anerkennung fehlen. Der die Liquidation zwingend vorschreibenden Regel des § 303 müssen daher ohne weiteres alle die Verträge in vollem Umfange unterstehen, in welchen nach dem Willen der Parteien den Barleistungen ein irgendwie selbständiger Charakter neben der Aktiengewährung

---

1) Die notwendig denen des § 306 nachzubilden wären, vergl. darüber unten S. 73 ff.

2) Vgl. Hueck a. a. O. S. 283 Sp. 1.

zukommt. Anders kann es nur in den Fällen liegen, wo diese Zahlungen lediglich mit Rücksicht auf das für den Aktienumtausch vertraglich festzulegende Wertverhältnis zwischen den Aktien beider Parteien versprochen werden. Damit haben wir es bei dieser Untersuchung nur noch mit solchen Verträgen zu tun, die den begrifflich von ihnen getrennten echten Fusionsverträgen in jeder Hinsicht rechtsähnlich sind, und die, falls man sie aus dem Kreise der dem § 303 unterfallenden Geschäfte ausscheiden kann, nur durch analoge Anwendung der Fusionsvorschriften geregelt werden können [3]). Ein Interesse, welches hier eine Ausnahme von der Anwendung des § 303 erstrebt, stellt sich im einzelnen also als die Forderung dar, die im Gesetz nur für die echten Fusionsverträge vorgesehenen Erleichterungen, insbesondere die Möglichkeit eines Liquidationsausschlusses, auch für diese Verträge zu gewähren. Bei der Untersuchung und Abwägung solcher Interessen wird man zweckmäßig eine Sonderung nach folgenden Gruppen vornehmen: Zunächst mag man fragen, ob die einen Zusammenschluß erstrebenden Aktiengesellschaften selbst ein schutzwürdiges Interesse daran haben, daß durch die zur Vereinfachung des Wertverhältnisses ihrer Aktien vereinbarten Barzahlungen die für die Fusion gesetzlich vorgesehenen Erleichterungen nicht ausgeschlossen werden. Sodann ist ein besonderes Interesse der Aktionäre der aufgelösten A.-G. zu betrachten, welches mit Rücksicht auf die sonst ausfallenden „Spitzen" die Zulassung solcher Zahlungen erfordert. Beiden Interessen würde das Interesse der Gläubiger der fusionierenden A.-G. an einer nur bei möglichst weitgehendem Aktientausch vollwertigen Sicherung entgegenstehen, und die Lösung müßte in einem gegenseitigen Ausgleich gesucht werden. Zum Schluß müßte man sich noch mit der Frage beschäftigen, ob etwa ein Interesse der Allgemeinheit und damit des Staates eine noch weitergehende Zulassung von Barleistungen fordert, weil eine dadurch erzielte

3) Wieweit eine solche Analogie im einzelnen zu gehen hat, wird unten in Kap. 7 noch näher untersucht werden.

Erleichterung des Zustandekommens von Fusionen für die Gesamtwirtschaft vorteilhaft wäre.

Ein Interesse der Aktiengesellschaften an der Zulassung von Barleistungen wird man dann bejahen, wenn das unmittelbar aus dem Wert- oder Kursvergleich sich ergebende Umtauschverhältnis ein kompliziertes ist und andere Wege zur Herbeiführung eines einfachen Verhältnisses den Parteien nicht gut zugemutet werden können. Daß ein einfaches Umtauschverhältnis in jeder Hinsicht förderlich für den Verschmelzungsvorgang ist, wird man nicht leicht bestreiten können. Schon die Fusionsverhandlungen werden sich einfacher und aussichtsreicher gestalten, wenn hier klare Verhältnisse vorliegen; besonders wird dies von Wichtigkeit, wenn auf Seiten der aufzulösenden A.-G. Aktien verschiedener Gattung umgetauscht werden müssen. Auch die den Umtausch praktisch meist durchführenden Banken oder Treuhänder werden Wert auf glatte Verhältnisse legen müssen. Ohne Zweifel sind nun allerdings verschiedene Wege vorhanden, um auch ohne eigentliche Barzahlungen den Ausgleich eines zu komplizierten Wertverhältnisses herbeizuführen. (Das betont besonders Staub-Pinner Anm. 3 zu § 305.) Direkte Zuwendungen in unbeschränkter Höhe an die Aktionäre der aufzulösenden A.-G. lassen sich zwar in rechtlich einwandfreier Weise nicht ohne weiteres durchführen; insbesondere der Vorschlag Ullmanns (a. a. O. S. 40 f.) — die aufzulösende A.-G. überträgt vor Abschluß des Fusionsvertrages einen Teil ihres Vermögens an einen Treuhänder, der ihn gegen einen bestimmten Entgelt an die übernehmende A.-G. zu übertragen hat, wobei die Auszahlung des Entgelts nicht an den Treuhänder sondern durch Vertrag zugunsten der Aktionäre der aufzulösenden A.-G. an letztere unmittelbar versprochen wird — kann wohl nur als eine Maßnahme zur Umgehung des Gesetzes betrachtet werden und den erstrebten Erfolg in rechtlich gesicherter Weise nicht herbei-

führen[4]). Wohl aber kann durch Abmachungen, wonach die neuen Aktionäre der übernehmenden A.-G. an der nächsten Dividende noch nicht teilnehmen, eine Wertverminderung gerade der Umtauschaktien herbeigeführt werden; ferner könnte durch eine „Verwässerung" des Aktienkapitals der übernehmenden A.-G. vermittels einer zu diesem Zwecke vorgenommenen Kapitalerhöhung unter Festsetzung eines niedrigen Ausgabekurses in mehr oder weniger engen Grenzen ebenfalls ein Ausgleich geschaffen werden. Derselbe Zweck läßt sich auch durch vorherige Ausschüttung verteilbarer Reserven und Gewinne auf seiten der übernehmenden A.-G. erreichen[5]). Sind auf seiten der aufzulösenden A.-G. verteilbare Reserven vorhanden, so kann durch deren vorherige Ausschüttung auch eine Wertminderung dieser Aktien herbeigeführt werden. Alle diese Auswege haben aber auch manche unerwünschten Nachteile, sind vielfach auch mit besonderen Unkosten verbunden; eine „Verwässerung" des Aktienkapitals insbesondere würde kostspielig und gegebenenfalls auch durch § 278 behindert sein.

Es bliebe noch der Weg, ein glattes Umtauschverhältnis herbeizuführen durch Zuzahlungen, die von seiten der Aktionäre der aufzulösenden A.-G. zu ihren zum Umtausch hingegebenen Aktien geleistet werden. Rechtlich wird hiergegen keinerlei Einwand erhoben werden können[6]); als „Gegenleistung" stehen ja auf der anderen Seite ausschließlich Aktien, auch vom Standpunkt der gesetzlichen Zwecke wären solche Zuzahlungen nur zu billigen, da sie ja die gegenseitige Interessenverknüpfung

---

4) Anderer Ansicht W u s t a n d t, „Die Fusion von Aktiengesellschaften usw.", Diss. Würzburg 1918 S. 22.

5) Man vergleiche hierzu S c h m a l e n b a c h, „Finanzierungen" S. 128 bis 132 und dazu S o m m e r f e l d in Zeitschr. f. Handelswissenschaft u. Handelspraxis 1924 S. 150—153; ferner F i x, „Fusion von Aktiengesellschaften", Diss. Frankfurt 1928 S. 84 ff.

6) Man vergl. z. B. das RG.-Urteil vom 12. 4. 1904 (VII. Zivilsenat), mitgeteilt bei Holdheim Jhrg. 13 S. 265, in welchem an einer solchen Zuzahlung keinerlei Anstoß genommen wird.

verstärken. Schwierigkeiten wird gerade hier aber nicht selten die praktische Durchführung bereiten. Die Generalversammlung der aufzulösenden A.-G. kann allerdings mit der nach § 303 Abs. 1 erforderlichen Mehrheit einen Fusionsvertrag genehmigen etwa des Inhaltes, daß jeder Aktionär der aufzulösenden A.-G. für je eine Aktie eine solche der übernehmenden A.-G. erhalten solle, wenn er — sagen wir 100.- Mk. - in bar hinzuzahle; sehr fraglich muß aber erscheinen, ob auf den Aktionär irgend ein Zwang ausgeübt werden darf, dieses Tauschgeschäft vorzunehmen. Gleichgültig, ob die Zuzahlungen unmittelbar an die übernehmende A.-G. oder an die mit der Abwicklung befaßte aufzulösende A.-G. geleistet werden, sie werden u. E. stets einen Beitrag zur Vermehrung des Vermögens der aufzulösenden A.-G darstellen, welches gegen Aktiengewährung in die übernehmende A.-G. eingebracht wird [7]). Nach § 211 jedoch ist die Verpflichtung des Aktionärs, Kapitaleinlagen zum Gesellschaftsvermögen zu leisten, ausdrücklich durch den Nennbetrag bzw. den Ausgabekurs der Aktie begrenzt. Besteht aber eine solche Verpflichtung nicht, so darf man folgern, daß zur Herbeiführung solcher Zahlungen auch der Zwangsweg des § 290 verschlossen sein muß, der grundsätzlich ja nach § 305 Abs. 3 beim Aktientausch beschritten werden kann. Die Gesellschaft kann also nicht nach erfolgloser Aufforderung zum Umtausch die fraglichen Aktien für kraftlos erklären, sie gegen solche der übernehmenden A.-G. unter Leistung der Zuzahlung umtauschen, um die letzteren dann für Rechnung des Aktionärs zu verkaufen und ihm den Erlös abzüglich der festgesetzten Zuzahlung auszuhändigen; denn sie würde damit den Aktionär zwingen, über seine Leistungspflicht hinaus Aufwendungen zum Gesellschaftskapital zu machen. Man mag einwenden, daß „tatsächlich" der Aktionär nicht selten einer ähnlichen Zwangslage ausgesetzt sei man

---

7) Anderer Ansicht Ullmann a. a. O. S. 40, welcher sie als Leistung auffaßt, die zum Zwecke der Erwerbung von Aktien an die übernehmende A.-G. gemacht wird.

denke etwa an den Fall, daß eine A.-G., um sich zu sanieren, Vorzugsaktien ausgäbe, die offenbar auf längere Zeit hinaus einen Dividendenertrag der Stammaktien unmöglich machen werden; auch hier muß der Aktionär, will er nicht auf jeden Ertrag seines Kapitals verzichten, Vorzugsaktien zeichnen — dennoch darf man u. E. aus dieser rein tatsächlichen Zwangslage des Aktionärs nicht die allgemeine Folgerung ziehen, das Gesetz erkenne sie in unserem Falle auch rechtlich an[8]). Es ist daher dieser Weg zur Vereinfachung des Umtauschverhältnisses nur gangbar, wenn alle Aktionäre freiwillig zur Leistung der Zahlung bereit sind. Infolge der damit verbundenen Unsicherheit und Langwierigkeit der Abwicklung wird man ihn daher nicht als gleichwertigen Ersatz für einen Ausgleich durch Barzahlungen, die seitens der übernehmenden A.-G. an die Aktionäre geleistet werden, betrachten dürfen. Aber selbst wenn man der Gesellschaft das Zwangsmittel des § 290 zugestehen würde, hat dieser Weg immer noch gewichtige tatsächliche Nachteile: Es ist klar, daß, falls die Aktionäre selbst bare Zahlungen leisten müssen, schon die Erreichung der nach § 303 erforderlichen Mehrheit in der Generalversammlung häufig Schwierigkeiten bereiten wird, während bei einem Barausgleich von seiten der übernehmenden A.-G. der einzelne Aktionär seine Zustimmung leichter geben wird, gerade mit Rücksicht auf die ihm meistens angenehme Auszahlung.

Ein tatsächliches Interesse der Gesellschaften, ein kompliziertes Umtauschverhältnis durch seitens der übernehmenden A.-G. zu leistende Barzahlungen zu vereinfachen, wird man somit nicht gut verneinen können. Damit scheint uns dasselbe aber auch bereits grundsätzlich eine rechtliche Anerkennung gefunden zu haben. Muß es doch Aufgabe der Rechtsordnung sein, jedem Rechtsgenossen auf wirtschaftlichem Gebiet die größt-

8) Zustimmend Schmalenbach, „Finanzierungen" S. 132 u. ebenso in Zeitschr. f. handelswissenschaftl. Forschung 4. Jhrg. S. 58; ferner Brodmann „Aktienrecht" § 306 An. 7. a. S. 536 im Gegensatz zu seiner Stellungnahme im ZBlHR. 2. Jhrg. S. 129 f., wo er ausdrückl. einen Zwang für zulässig erklärt.

möglichste Bewegungsfreiheit zur Wahrnehmung seines Vorteils zu belassen und ihn nicht ohne zwingende Gründe zu vermeidbaren, ja unproduktiven Ausgaben zu drängen. Da in unserem Falle wohl kaum Interessen der Allgemeinheit eine solche Einschränkung der Bewegungsfreiheit fordern, müssen es schon höherwertige Interessen Dritter sein, die hier ein Hindernis bilden können. Nun wird zweifellos das in unseren Fällen entgegenstehende Gläubigerinteresse nicht nur vom Gesetz ausdrücklich anerkannt, sondern auch grundsätzlich stärker betont. Man wird deshalb nicht umhin können, dem Interesse der Gesellschaften an der Zulassung gewisser zum Ausgleich gewährter Barzahlungen nur dort nachzugeben, wo praktisch die entgegenstehenden Gläubigerinteressen durch diese Zuzahlungen nicht berührt werden. Bei der Abgrenzung werden hier auch noch tatsächliche Erwägungen eine Rolle spielen, insbesondere muß an dieser Stelle die Erfahrung berücksichtigt werden, daß die besonderen Gläubigerschutzvorschriften des § 306 selten bis zum letzten eingehalten werden und gerade hierdurch eine ungleich stärkere Gläubigergefährdung durch Substanzminderung (vgl. oben S. 49) in den Bereich des Möglichen tritt. Abschließend wird man sagen müssen, daß da, wo Zuzahlungen lediglich aus dem Interesse der Aktiengesellschaften an einem glatten Umtauschverhältnis heraus vereinbart sind, grundsätzlich eine Anwendung des die Liquidation zwingend vorschreibenden § 303 nicht mit den Zwecken des Gesetzgebers im Widerspruch steht, daß also in diesen Fällen eine Anwendung der erleichternden Fusionsvorschriften auf dem Wege der Analogie nicht zu erreichen ist. Eine Ausnahme von der Anwendung des § 303 und damit die analoge Anwendung der Fusionsvorschriften kommt bei solcher Sachlage nur dann in Frage, wenn die vereinbarten Zuzahlungen infolge ihrer im Verhältnis zum Wert der gewährten Aktien geringfügigen Höhe die Interessenverknüpfung zwischen den Fusionsparteien praktisch nicht lokkern und außerdem eine Gläubigergefährdung durch Substanzminderung ausschließen.

In diesen Fällen wird aber stets gleichzeitig ein Interesse der Aktionäre der aufzulösenden A.-G. an der Zulassung von Barzahlungen mit Rücksicht auf den sich sonst ergebenden hohen Spitzenausfall bestehen und u. E. entscheidend sein. Nach § 305 Abs. 3 in Verbindung mit § 290 haben die Aktionäre, welche die zum Umtausch notwendige Aktienzahl nicht beibringen können, ihre Aktien der übernehmenden A.-G. oder der Stelle, die mit der Abwicklung des Umtausches betraut ist, zur Verfügung zu stellen, damit dieselben für Rechnung der Beteiligten verwertet werden können. Das Gleiche gilt für die Aktien, welche bei der Division durch die zum Umtausch notwendige Mindestzahl als Rest verbleiben. Praktisch werden also diese „Spitzen" von der Umtauschstelle gesammelt und gegen Aktien der übernehmenden A.-G. umgetauscht; letztere wiederum werden alsdann verkauft und den Beteiligten ihr Anteil an dem Erlöse in bar ausgehändigt. Ist beispielsweise das Umtauschverhältnis auf 20 : 19 festgelegt, so wird die Umtauschstelle von allen Aktionären, welche weniger als 20 Aktien besitzen bezw. bei deren Aktienbesitz nach einer Division durch 20 Reste verbleiben, bei Vermeidung der Kraftloserklärung diese Aktien einfordern, den Umtausch der gesamten Spitzen einheitlich vornehmen und die eingetauschten Aktien der übernehmenden A.-G. für Rechnung der Beteiligten veräußern. Daß der Aktionär häufig stark interessiert sein wird, für seine infolge der Fusion untergehende Beteiligung an der aufzulösenden A.-G. nicht bares Geld, sondern Mitgliedschaftsrechte zu erhalten, für deren Wert und zukünftige Ertragsfähigkeit ihm die Erfahrung des von ihm gewählten Vorstandes der aufzulösenden A.-G. in etwa bürgt, bedarf keiner besonderen Begründung. Zu beachten ist wohl auch, daß infolge starker Verkäufe der Umtauschstelle zur Barabfindung eine Kursdrückung der Aktien der übernehmenden A.-G. eintreten kann, wodurch die abzufindenden Aktionäre einer unmittelbaren Schädigung ausgesetzt sind. (Vergl. Schmalenbach, „Finanzierungen" S. 182, der ein Beispiel hierfür

angibt.) Auch die Schutzwürdigkeit dieses Interesses ist von der Rechtsordnung grundsätzlich anerkannt, das zeigt insbesondere die neuere, dem hier ja besonders gefährdeten Kleinaktionär freundliche Gesetzgebung. (Man vergl. Goldbilanz-VO. vom 28. 12. 1923 § 17 Abs. 2; 2. Durchführungs-VO. zur Goldbilanz-VO. § 35 a; 7. Durchführungs-VO. zur Goldbilanz-VO. Art. II § 3 u. a.). Ergibt nun ein Vergleich der inneren Werte oder der Kurswerte der beiden Aktiengesellschaften ein kompliziertes Umtauschverhältnis, so wird man nicht fehlgehen, wenn man nach heutigem Recht bereits den Kleinaktionären gegen eine schematische Anwendung des im § 290 geschilderten Verfahrens einen besonderen Schutz zubilligt, indem man ihnen gegenüber der übernehmenden A.-G. einen Anspruch darauf gibt, daß der Weg gewählt werde, der wenigstens nicht unnötig sie ihrer Mitgliedschaftsrechte beraubt. (So z. B. Brodmann, „Aktienrecht" § 305 Anm. 1. c. S. 526.) Insbesondere würde also die Aktiengesellschaft verpflichtet sein, durch weitgehende Stückelung der Umtauschaktien (heute bis 100.— Mark Nennwert möglich!) den Umtausch zu erleichtern. Zugegeben, daß auf diesem Wege vielfach Abhilfe geschaffen werden kann, so würde doch eine zu weitgehende Stückelung neben anderen Nachteilen jedenfalls außergewöhnliche Unkosten verursachen, die man der übernehmenden A.-G. nicht ohne Grund wird zumuten dürfen. Man wird sich fragen müssen, ob nicht noch andere, weniger kostspielige Wege zur Verringerung des Spitzenausfalls gangbar sind.

Rein theoretisch gesehen, könnte allerdings auch ohne jede Zuzahlung im eigentlichen Sinne das Recht des Kleinaktionärs voll gewahrt werden. Legen wir beispielsweise ein Umtauschverhältnis von 20 : 19 zugrunde, und nehmen wir an, ein Aktionär der aufgelösten A.-G. verfüge über 9 Aktien, so könnten ihm hierfür $\frac{9 \cdot 19}{20} = 171/20 = 8$ Aktien der übernehmenden A.-G. gewährt werden zuzüglich eines Anrechtes auf 11/20 des Geldwertes, den durchschnittlich eine Aktie der übernehmenden

A.-G. beim Verkauf der schließlich noch notwendig verbleibenden Spitzen erreicht. In diesem Falle würden eigentliche Zuzahlungen seitens der übernehmenden A.-G. nicht gemacht, der Aktionär erhält ja auch hier schließlich nur den Betrag, der bei einem Verkauf der Spitzen für seine Rechnung erzielt wird. Man wird auch nicht einwenden dürfen, die Vorschrift des § 305 Abs. 3 in Verbindung mit § 290 schreibe einen anderen Weg vor und verhindere eine solche Abrechnung; denn hier wird ja nur das Prinzip dieser Vorschrift in einer die anerkannten Interessen beider Parteien fördernden Weise angewendet. Wohl aber würde eine solche Auseinandersetzung fast immer an der Schwierigkeit der praktischen Durchführung scheitern, die Abwicklung bliebe lange Zeit hindurch unübersichtlich, erst nach Abschluß des gesamten Umtausches könnte mit den einzelnen Berechtigten eine endgültige Abrechnung erfolgen. Sind vollends Aktien verschiedener Gattung vorhanden, so würde, wenn gleichzeitig der Aktienbesitz in viele Hände verstreut und infolgedessen der Umtausch durch eine einzige Stelle nicht durchzuführen ist, die praktische Durchführung geradezu unmöglich sein. Das tatsächliche Interesse der Aktionäre an einer Verringerung des Spitzenausfalls wird daher — wenn diese Auswege praktisch undurchführbar sind — auf ein tatsächlich und rechtlich anerkanntes Interesse an der Zulassung gewisser Zuzahlungen seitens der übernehmenden A.-G. hinauslaufen.

Auf zweierlei Weise kann hier durch Zuzahlungen Abhilfe geschaffen werden. Entweder beläßt man es bei dem komplizierten Umtauschverhältnis und drückt den Spitzenausfall durch Zuzahlungen im Einzelfall jeweils auf ein geringes Maß herab, oder man stellt durch allgemeine Festlegung einer bestimmten Zuzahlung je Aktie ein glattes Umtauschverhältnis her und beläßt es, da nun der Spitzenausfall erträglich sein wird, bei dem in § 290 geregelten Verfahren.

Im ersteren Falle würde man also, wenn, wie oben angenommen, ein Umtausch im Verhältnis 20 : 19 vereinbart ist

und ein Aktionär 9 Aktien besitzt, diesem 8 Aktien der übernehmenden A.-G. zuzüglich einer unmittelbaren Zuzahlung in Höhe von 11/20 des Kurswertes einer Aktie der übernehmenden A.-G. gewähren. Rechtlich ist u. E. gegen dieses Verfahren kein schlagender Einwand gegeben. Würde man — denn darum dreht sich ja hier unsere Erörterung — lediglich wegen solcher Zuzahlungen die Vorschrift des § 303 unmittelbar anwenden und damit den Ausschluß der Liquidation verhindern, so wäre damit dem Gesetzeszweck nicht gedient, der ja dahin geht, die Liquidation zwingend nur dort vorzuschreiben, wo die Gläubiger der aufzulösenden A.-G. infolge geringerer Interessenverknüpfung gefährdet erscheinen; denn wenn man unter Vermeidung jeglicher Zuzahlungen das in § 290 geregelte Verfahren hier anwenden würde, so würden gerade eine größere Anzahl von Aktionären ihrer Mitgliedschaftsrechte verlustig gehen und damit mit der übernehmenden A.-G. überhaupt in keine Verbindung treten. Man wendet ein, der Gesetzgeber habe an diesen Weg des Ausgleichs nicht gedacht, ja er habe ihn nicht gewollt, wie die Vorschrift des § 305 Abs. 3 beweise. Es kann hier offen bleiben, ob der Gesetzgeber — wie z. B. Naendrup, „Rechtsscheinswirkungen im Aktienrecht" S. 896, und R. Goldschmidt, a. a. O. S. 39 betonen — wirklich damit andere Ausgleichsmöglichkeiten habe versperren wollen. (U. E. ist das nicht der Fall, die Verweisung auf § 290 war notwendig, um die Durchführung des Umtausches auch gegen den passiven Widerstand einiger Aktionäre zu ermöglichen und eine allgemeine Grundlage für den Spitzenausgleich zu geben, sie hindert nicht, daß man durch Vereinbarung einfacher und zweckmäßiger zuwege geht. So z. B. auch Junck, a. a. O. Sp. 491.) Aber selbst wenn dem so wäre, läge hier ein Fall erlaubter Gebotsberichtigung vor, da man die im Einzelfalle infolge einer Anschauungslücke den Zwecken des Gesetzgebers widerstrebende Vorschrift suspendiert und sie durch eine mit dem Gesetzeszweck besser im Einklang stehende Regelung ersetzt. Endlich kann hier — und vielleicht mit größerer Berechtigung —

angeführt werden, der tatsächliche Wert der Schutzvorschriften des § 306 sei praktisch heute gering und daher eine Gläubigergefährdung durch Minderung der Haftungssubstanz möglich. Man wird zugeben, daß auch diese Zuzahlungen rechnerisch die Haftungsgrundlage schmälern, wenn sie nicht gerade aus einer im Zusammenhang mit der Fusion vorgenommenen Kapitalserhöhung stammen; immerhin kann man hier wohl behaupten, daß in der Mehrzahl der Fälle diese Zuzahlungen keine gefährliche Höhe erreichen werden. Sie sind hier notwendig bei jedem einzelnen Aktionär durch den Kurswert einer Aktie der übernehmenden A.-G. begrenzt, es müßte schon eine äußerst weitgehende und eigenartige Verzettelung des Aktienbesitzes eingetreten sein, wenn sie im Verhältnis zum Wert der gewährten Aktien größere Bedeutung erlangen sollen. Unmöglich ist dies zwar nicht; man nehme an, in dem oben mehrfach angeführten Beispiel besitze jeder Aktionär der aufzulösenden A.-G. nur eine Aktie, so würde tatsächlich jeder Aktientausch unterbleiben und der gesamte Übernahmewert in bar gezahlt werden müssen. Die Interessenverknüpfung würde zwar in gleicher Weise fortfallen, wenn nach § 305 Abs. 3 in Verbindung mit § 290 verfahren würde, eine Gläubigergefährdung durch Minderung der Haftungsgrundlage wäre aber ausgeschlossen, da hier die Barzahlungen notwendig aus dem Verkauf von Umtauschaktien stammen, während sie im anderen Falle aus freien Mitteln der übernehmenden A.-G. herrühren könnten. Dennoch darf man u. E. diese Möglichkeit hier noch nicht unbedingt entscheiden lassen. Solange das Gesetz einen besonderen Schutz der Gläubiger der aufzulösenden A.-G. durch Aussonderung des ursprünglichen Vermögens dieser A.-G. vorsieht, liegt es näher, die Einhaltung dieser Vorschriften durch verschärfte Aufsicht zu erzwingen als zur Vermeidung von aus ihrer Nichtachtung entspringenden Gefahren die Bewegungsfreiheit auf diesem Rechtsgebiet überhaupt einzuschränken.

Betrachtet man nunmehr das zweite zum Ausgleich vorgeschlagene Verfahren, künstliche Herbeiführung eines ein-

fachen Umtauschverhältnisses durch allgemein festgelegte Zuzahlungen, so muß man feststellen: Die Barzahlungen, d. h. eigentliche Zuzahlungen und die zum Ausgleich der schließlich verbleibenden Spitzen nach § 305 Abs. 3 in Verbindung mit § 290 zu gewährenden Barbeträge zusammengenommen, sind hier notwendig größer als bei dem eben geschilderten Verfahren[9]); die erreichte Interessenverknüpfung ist also geringer. Demgegenüber hat aber gerade dieses Verfahren eine Reihe besonderer Vorteile. Einmal dient es gleichzeitig dem Interesse, welches, wie oben S. 57 ff. gezeigt, die Gesellschaften selbst an einem glatten Umtauschverhältnis haben; am wichtigsten scheint uns jedoch, daß hier ohne Rücksicht auf die Verteilung des Aktienbesitzes die Gesamthöhe der Zuzahlungen von vornherein feststeht. Das ist einerseits für die Bereitstellung der erforderlichen Barmittel bei der Umtauschstelle von großer Bedeutung, anderseits ist erst jetzt die aufsichtführende Behörde in der Lage, die entscheidenden Gesichtspunkte des Gesetzes zu verwerten. Sie kann ohne weiteres aus dem Fusionsvertrage ersehen, welche Bedeutung den Zuzahlungen zukommt. Sie wird dabei darauf achten, daß einmal die Interessenverknüpfung nicht unnötig

9) Nennt man den Kurs der Aktien der übernehmenden A.-G. a, den der aufgelösten A.-G. b, die Zahl der Aktien der aufgelösten A.-G. aber z, so ist theoretisch, d. h. abgesehen vom etwaigen unvermeidbaren Spitzenausfall, die Zahl der eingetauschten Aktien bei dem eben geschilderten Verfahren $= z. \frac{b}{a}$. Bei dem nunmehr darzustellenden Verfahren dagegen wird durch Teilung durch einen sowohl a wie b nur annähernd gemeinsamen Divisor das Umtauschverhältnis vereinfacht, wobei, wenn man auf Zuzahlungen seitens der übernehmenden A.-G. hinsteuert, bei b zunächst ein größerer Rest vernachlässigt werden muß als bei a. Nennt man das vereinfachte Umtauschverhältnis $\frac{d}{c}$, so ist deshalb notwendig $\frac{d}{c} < \frac{b}{a}$. Da die Anzahl der theoretisch eingetauschten Aktien $z. \frac{d}{c}$ beträgt, ist sie bei diesem Verfahren also notwendig kleiner, was ja an sich schon das hier bei jedem einzelnen Umtausch notwendige Auftreten von Zuzahlungen beweist. Praktisch wird außerdem die Gesamtsumme der Barauszahlungen bei diesem Verfahren noch größer sein, da die Art des Spitzenausgleiches nach § 290 auch jetzt noch eine Anzahl von Mitgliedschaftsrechten, die theoretisch den Aktionären der aufgelösten A.-G. zustehen, im Einzelfall nicht zur Entstehung kommen läßt.

gemindert wird, d. h. daß ein Umtauschverhältnis gewählt wird, welches, ohne zu kompliziert zu sein, sich durch möglichst geringe Zuzahlungen erreichen läßt. Daneben wird es ihre Aufgabe sein, zu verhindern, daß durch die Zuzahlungen das bisherige Vermögen der übernehmenden A.-G. in irgendwie beträchtlichem Umfange vermindert wird; denn auch dieses Vermögen ist Haftungsgrundlage für die Gläubiger der aufgelösten A.-G. und für die Erhaltung desselben muß bei dem heute praktisch nicht mehr vollwertigen Schutz durch die besonderen Bestimmungen des § 306 wohl in irgendeiner Weise gesorgt werden, mag auch der Gesetzgeber, wie wir oben S. 49 darlegten, eine solche Sicherung nicht unbedingt für nötig gehalten haben. Dieses Ziel ließe sich dadurch erreichen, daß in den sicher seltenen Fällen, wo die Zuzahlungen eine im Verhältnis zum Gesamtvermögen der übernehmenden A.-G. wirklich beträchtliche Höhe erreichen und eine Gläubigergefährdung in den Bereich des Möglichen rücken, die Registerbehörde die Eintragung nur dann zuläßt, wenn sich aus dem Fusionsvertrage ergibt, daß diese Zuzahlungen vorwiegend durch eine Kapitalerhöhung auf Seiten der übernehmenden A.-G. beschafft werden sollen. Eine gewisse Schwierigkeit wird bei diesem Vorgehen allerdings stets die Frage bereiten, welches Umtauschverhältnis als erträglich anzusehen ist. Entscheidend ist dabei natürlich die jeweilige Verteilung des Aktienbesitzes; befindet er sich in den Händen weniger Großaktionäre, so kann ein Umtauschverhältnis noch sehr gut durchführbar sein, welches bei starker Verzettelung des Aktienbesitzes zu einer unerträglichen Schädigung der Aktionäre durch Spitzenausfall führen würde. Ein allgemeiner Maßstab läßt sich daher kaum angeben. Wenn Brodmann („Aktienrecht" § 306 Anm. 7 S. 536) meint, Verhältnisse, deren Zähler bezw. Nenner höchstens die Zahl 5 erreiche, seien im allgemeinen tragbar, so wird man dem zustimmen können [10]).

10) Ähnlich Fritz, „Durchführung einer Fusion nach § 306 HGB.", Ztschr. f. Betriebswirtschaft 5. Jhrg. 1928; er schreibt dort S. 101: „Die Rücksicht auf die

Bei sehr stark verzetteltem Aktienbesitz mag allerdings auch ein solches glattes Umtauschverhältnis den Aktionären noch beträchtlichen Spitzenausfall bringen; immerhin wird es zunächst ihre Sache sein, auf eine stärkere Stückelung der Aktien zu dringen, ehe die Notwendigkeit von Zuzahlungen bei einem solchen von vornherein einfachen Umtauschverhältnis anerkannt werden kann.

Es mag nun allerdings noch Fälle geben, wo das Interesse der Aktionäre gerade dem hier geschilderten Verfahren wegen zu großer Höhe der zur Schaffung eines einfachen Umtauschverhältnisses notwendigen Zuzahlungen widerstrebt und praktisch das oben zuerst geschilderte Verfahren des Spitzenausgleichs durch Zuzahlungen (vgl. S. 64 f.) ihnen vorteilhafter ist. Ob man allein wegen der oben dargelegten Vorteile der Übersichtlichkeit und Kontrollierbarkeit, die nur das zweite Verfahren bietet, den Spitzenausgleich durch Zuzahlungen im Einzelfall völlig ablehnen soll, wird davon abhängen, wieweit die Behörde willens ist, die Durchführung der Schutzbestimmungen des § 306 zu erzwingen; denn werden diese Schutzbestimmungen eingehalten, so bedarf es im Interesse der Gläubiger der aufgelösten A.-G. u. E. keiner Kontrolle der Gesamthöhe der Zuzahlungen, da diese dann niemals aus dem ehemaligen Vermögen der aufgelösten A.-G. fließen [11]). Stellt man sich

---

Kleinaktionäre erfordert in erster Linie möglichste Vermeidung bezw. Beschränkung des Spitzenausgleichs. Aus diesem Grunde sind Umtauschverhältnisse wie 5 : 3, 7 : 4 oder 9 : 5 bei Fusionen unbeliebt". Eine ähnliche Beurteilung findet sich bei Fix, Diss. Frankfurt 1928 S. 84: „Man wird sagen können, daß immer ein Umtauschverhältnis, bei dem mehr als 10 Aktien auf einer Seite nötig sind, praktisch ausscheidet; ferner sind Umtauschverhältnisse, bei denen 5—10 Aktien auf einer Seite benötigt werden, selten. Die Regel ist bis zu 5 Aktien".

11) Daß ein erweiterter Schutz auch der Gläubiger der übernehmenden A.-G. durch Sicherung auch des freien Vermögens dieser Gesellschaft vom Gesetzgeber nicht beabsichtigt war, wurde oben (S. 49 f.) dargelegt, ein etwaiges tatsächliches Interesse dieser Gläubigergruppe an solchem außergewöhnlichen Schutz scheint uns daher rechtlich nicht genügend anerkannt.

auf den Boden des Gesetzes, so muß man u. E. auch dieses Verfahren zulassen, wenn ein dringendes, sonst nicht zu befriedigendes Interesse der Aktionäre es verlangt. Immerhin müssen diese Fälle höchst selten sein, besonders, da die Aktiengesellschaften zunächst andere Wege, vor allem den der Stückelung der Aktien, ins Auge fassen müssen.

Läßt man in diesen durch Abwägung der einander widerstreitenden Interessen nunmehr gekennzeichneten Grenzen bare Leistungen zu, so ist damit auch einem etwaigen berechtigten Interesse der Allgemeinheit an einer Förderung der Fusionen Genüge geschehen. Daß ein solches Interesse der Allgemeinheit besteht, wird man in engen Grenzen bejahen können. Es kann unerörtert bleiben, ob grundsätzlich überhaupt der wirtschaftliche Zusammenschluß über das heute bereits erreichte Maß hinaus noch Förderung verdient; jedenfalls wird man sagen, daß überall dort, wo das Einzelinteresse der Aktiengesellschaften den wirtschaftlichen Zusammenschluß dringend fordert, der Form der Fusion vom Standpunkt der Allgemeinheit noch stets der Vorzug vor anderen Formen wirtschaftlicher Verknüpfung zu geben ist, da sie die völlige rechtliche Verschmelzung zur Folge hat und dadurch eine Verschleierung der wahren Verhältnisse vor der Allgemeinheit vermieden wird. In den Fällen aber, wo ein solches dringendes Interesse beider Aktiengesellschaften den Zusammenschluß fordert, wird bei gutem Willen wohl stets eine volle Verschmelzung möglich sein, wenn man bei Verträgen, die in den oben dargelegten Grenzen Barzahlungen vorsehen, von einer Anwendung des § 303 Abstand nimmt und die gesetzlichen Fusionserleichterungen im Wege der Analogie gewährt.

Abschließend ist also festzustellen: Eine unmittelbare Anwendung des § 303 auf Fälle der Verschmelzung, in denen neben Aktien Zuzahlungen als Gegenleistung vereinbart werden, kann nur unterbleiben,

1) wenn diese Zuzahlungen zur notwendigen Vereinfachung eines komplizierten Umtauschverhältnisses festgesetzt wer-

den und im Verhältnis zum Gesamtvermögen der übernehmenden A.-G. so gering sind, daß eine Gläubigerschädigung durch Minderung der Haftungsgrundlage ausgeschlossen erscheint;

2) wenn die zum gleichen Zweck festgesetzten Zahlungen zwar notwendig eine beträchtliche Höhe erreichen, jedoch gleichzeitig im Fusionsvertrage der Nachweis erbracht wird, daß sie aus einer Kapitalserhöhung der übernehmenden A.-G. gedeckt werden;

3) wenn Zuzahlungen in zunächst unbestimmter Gesamthöhe zum Spitzenausgleich verabredet werden und das Interesse der Aktionäre eine Beibehaltung des auf Grund der Kurse oder inneren Werte der Gesellschaften ermittelten komplizierten Umtauschverhältnisses dringend erfordert [12]).

---

12) Zur näheren Veranschaulichung der möglichen Ausgleichsverfahren seien einige Beispiele, die sich in der einschlägigen Literatur finden, vergleichsweise durchgerechnet:
(Es bedeute:
Verfahren A = Herbeiführung des Spitzenausgleichs lediglich nach § 305 Abs. 3 in Verbindung mit § 290.
Verfahren B = Spitzenausgleich durch Zuzahlungen in der im Einzelfall jeweils nötigen Höhe.
Verfahren C = Herbeiführung eines einfachen Umtauschverhältnisses durch je Aktie allgemein festgesetzte Zuzahlungen.)

1. Beispiel: (Mitgeteilt von Juncк a. a. O. Sp. 492.)

Aktiengesellschaft X (übernehmende A.-G.): Nennwert der Aktien 1000.— Mark, Kurswert 500 %.

Aktiengesellschaft Y (aufzulösende A.-G.): Nennwert der Aktien 1000.— Mark, Kurswert 750 %.

Lösung: Verfahren A.

Auf 2 Aktien der Y werden 3 Aktien der X gewährt. Ist der Aktienbesitz der Y stark verzettelt, so haben die Aktionäre der Y das Recht, eine Stückelung der Umtauschaktien auf 500.— Mark Nennbetrag zu verlangen. Alsdann läßt sich jeder Spitzenausfall vermeiden; Zuzahlungen sind unnötig und daher nicht statthaft. (Dem Vorschlage Juncks, ein Umtauschverhältnis von 1:1 künstlich durch Gewährung einer Zuzahlung von 2500.— Mark je Aktie zu schaffen, ist nicht beizu-

treten; die Zuzahlungen würden, insbesondere wenn Großbesitz vorhanden ist, völlig unnötig eine ganz beträchtliche Höhe erreichen.)

2. Beispiel. (Mitgeteilt von R. Fischer, a. a. O. S. 417.)

Aktiengesellschaft X (übernehmende A.-G.): Nennwert der Aktien 1000.— Mark, Kurs 200 %.

Aktiengesellschaft Y (aufzulösende A.-G.): Nennwert der Aktien 1000.— Mark, Kurs 157 %.

Lösung: (nach Verfahren C.)

Für 4 Aktien der Y werden 3 Aktien der X gewährt nebst einer Zuzahlung von 70.— Mark je Aktie der Y. Ist der Aktienbesitz der Y stark verzettelt, so kann eine Stückelung der Umtauschaktien auf 250.– Mark Nennbetrag erfolgen, sodaß auf eine Aktie der Y 3 Aktien der X im Nennbetrag von je 250.— Mark nebst einer Zuzahlung von 70.— Mark gewährt werden können.

(Ein Beteiligungsverlust lediglich auf Grund der zur Vereinfachung des Umtauschverhältnisses vorgesehenen Zuzahlungen würde erst bei einem Einzelbesitz von 32 Stück Y-Aktien eintreten: nach Verfahren C werden für 32 Y-Aktien eingetauscht 24 Aktien der X zuzüglich 2240.— Mark bar, nach Verfahren B würden für die gleiche Zahl Y-Aktien eingetauscht 25 Aktien der X zuzüglich von 240.— Mark Zuzahlung zum Ausgleich der Spitze. Der Vorteil, den hier das Verfahren B haben würde, ist also unbedeutend. Durch Stückelung einer genügenden Anzahl von Y-Aktien auf 250.— Mark Nennwert wird auch bei starker Verzettelung des Aktienbesitzes jeder weitere Beteiligungsausfall verhindert, da nunmehr keine Spitzen verbleiben. Zum Vergleich der bei Anwendung der genannten drei Verfahren jeweils auftretenden Barauszahlungen diene nebenstehende Tabelle.)

3. Beispiel. (Mitgeteilt bei Hachenburg, a. a. O. Sp. 648.)

Aktiengesellschaft X (übernehmende A.-G.): Nennwert der Aktien 1000.— Mark, Kurs 137 %.

Aktiengesellschaft Y (aufzulösende A.-G.): Nennwert der Aktien 1000.— Mark, Aktienkapital insgesamt 400 000.— Mark Nennwert, Kurs 103 %.

Lösung: Verfahren C (findet sich auch bei Hueck, a. a. O. S. 283):

Für 4 Aktien der Y werden 3 Aktien der X gewährt nebst einer Zuzahlung von 2.50 Mark pro Aktie der Y. Bei starker Verzettelung des Aktienbesitzes der Y Stückelung der zu gewährenden X-Aktien auf 250 Mark Nennwert, es können dann für 1 Aktie der Y (Nennwert 1000.— Mark) 3 Aktien der X im Nennwert von je 250.— Mark und dazu eine Zuzahlung von 2.50 Mark gewährt werden. Die Gesamtsumme der Zuzahlungen beträgt also hier nur 1000.— Mark, ist daher unbedeutend. Ebensowenig ist hier ein Beteiligungsausfall allein auf Grund der zur Vereinfachung des Umtauschverhältnisses vorgesehenen Zuzahlung denkbar.

Aktienbesitz des einzelnen Y-Aktionärs	Umtauschverhältnis: 200 : 157			Vereinfachtes Umtauschverhältnis: 4 : 3			
	Verfahren A (Stückelung ohne Einfluß) Barauszahl. n. 290 H.G.B.	Verfahren B.		Verfahren C.			
		ohne Stückelung	b. Stückelung auf 250.- M	ohne Stückelung		mit Stückelung bis 250.- M.	
		Zuzahlung		Barauszahl. nach § 290	Zuzahlung	Barauszahl. nach § 290	Zuzahlung
1 Aktie	1570.—	1570.—	70.—	1500.—	70.—	—	70.—
2 Aktien	3140,—	1140.—	140.—	3000.—	140.—	—	140.—
3 „	4710.—	710.—	210.—	4500.—	210.—	—	210.—
4 „	6280.—	280.—	280.—	—	280.—	—	280.—
5 „	7850.—	1850.—	350.—	1500.—	350.—	—	350.—
6 „	9420.—	1420.—	420.—	3000.—	420.—	—	420.—
7 „	10990.—	990.—	490.—	4500.—	490.—	—	490.—
8 „	12560.—	560.	60.—	—	560.—	—	560.—
9 „	14130.—	130.—	130.—	1500.—	630.—	—	630.—
10 „	15700.—	1700.—	200.—	3000.—	700.—	—	700.—

KAPITEL 7.

Bei den in Kapitel 6 näher begrenzten Zuzahlungsfällen ist die durch Nichtanwendung des § 303 entstandene „unechte Lücke" durch entsprechende Anwendung der §§ 305 und 306 auszufüllen.

Die Frage, wie die in den gekennzeichneten Fällen durch Gebotsberichtigung zu schaffende Lücke im einzelnen ausgefüllt werden muß, ist weniger verwickelt, auch ist ihr durch die oben notwendigen Erörterungen bereits weitgehend vorgearbeitet. Als vornehmlichster, in unseren Fällen wohl einziger Weg kommt die Rechtsfindung im Wege der sogenannten Gesetzesanalogie in Betracht. Man spricht von Gesetzesanalogie dort, wo der infolge der Gesetzeslücke nicht unmittelbar geregelte Fall in allen wesentlichen Punkten einem im Gesetz entschiedenen Tatbestande gleicht und daher eine entsprechende Anwendung dieser gesetzlichen Vorschriften gestattet. Man reinigt gewissermaßen den Rechtssatz von allen den Voraussetzungen, die für sein Wesen ohne Bedeutung sind, und wendet den auf diese Weise klarer und umfassender zum Ausdruck kommenden Gedanken des Rechtssatzes auf den zu beurteilenden Tatbestand an. In unseren Fällen drängt sich natürlich sofort die Wesensverwandtschaft mit dem vom Gesetz unmittelbar geregelten Tatbestand der zuzahlungslosen Fusion auf; war die Wesensverwandtschaft auch nicht das Ziel der oben geführten Untersuchungen, so stand sie doch überall im Hintergrund, wir können uns daher hier auf eine kurze Zusammenfassung beschränken

Was zunächst den Tatbestand des § 306 angeht, so ist in allen wesentlichen Punkten Übereinstimmung vorhanden mit den Fällen einer Verschmelzung, bei der in den oben in Ka-

pitel 6 dargestellten Grenzen Zuzahlungen versprochen werden: In beiden Fällen wird das Vermögen einer A.-G. — das regelmäßig ein geschlossenes Unternehmen darstellt — dadurch verwertet, daß es „als Ganzes" an eine A.-G. übertragen wird. Beide Geschäfte tragen den Charakter einer zum Zwecke der Angliederung eines erwerbenden Unternehmens vorgenommenen gesellschaftsrechtlichen Umbildung, die dadurch erreicht wird, daß durch Aktienumtausch alle Mitglieder der aufzulösenden A.-G. nunmehr planmäßig Mitglieder der übernehmenden A.-G. werden. Da die Zuzahlungen hier nur eine unbedeutende Höhe erreichen und ihnen keine selbständige Bedeutung zukommt — sie dienen ja im Grunde nur der Erleichterung des Umtausches — so vermögen sie den Charakter des Geschäftes nicht zu ändern, insbesondere bleibt auch wirtschaftlich das Wesen eines Verschmelzungsvorganges gewahrt. Man kommt daher zu dem Ergebnis, daß in den Fällen, in denen bei Fusionsgeschäften Zuzahlungen versprochen werden, die zur Erreichung eines nicht zu komplizierten Umtauschverhältnisses notwendig sind und keine selbständige Bedeutung haben, die Vorschriften des § 306 entsprechend angewendet werden müssen, daß also insbesondere die Liquidation durch die Vertragsparteien ausgeschlossen werden kann, und daß dann die sämtlichen den Schutz der Gläubiger der aufzulösenden A.-G. bezweckenden Vorschriften des § 306 bei Vermeidung der ebendort ausgesprochenen persönlichen Haftung des Vorstandes und Aufsichtsrates der übernehmenden A.-G. einzuhalten sind.

Zu einem weniger einheitlichen Ergebnis kommt man dagegen bezüglich der entsprechenden Anwendung des § 305 auf unsere Fälle. Zum Wesen dieser Vorschrift nämlich gehört — neben den oben bei § 306 genannten Voraussetzungen, die auch hier zutreffen, und in denen allerdings in beiden zu vergleichenden Fällen Übereinstimmung herrscht — nach dem Sinne des Gesetzes noch die Bedingung, daß durch die Kapitalserhöhung keine baren Mittel in die Hand des Vorstandes gelangen Wir wiesen bereits oben S. 12 darauf hin, daß die Suspendierung

des § 278 Abs. 1 bei einer der Beschaffung von Umtauschaktien dienenden Erhöhung des Grundkapitals der übernehmenden A.-G. eine selbstverständliche Notwendigkeit war, da die übernehmende A.-G. keinesfalls zur Einforderung baren Kapitals gezwungen werden darf, welches sie zur Zeit gar nicht benötigt. Diese selbstverständliche Regelung muß bei Fusionen mit Zuzahlungen natürlich entsprechend gelten, soweit die Kapitalserhöhung lediglich der Beschaffung der Umtauschaktien dient; denn insoweit liegen die Verhältnisse ja ebenso wie bei den Fusionen, die unmittelbar vom § 305 erfaßt werden. Streit könnte nur darüber entstehen, ob die übernehmende A.-G. vor Vollzahlung ihres bisherigen Grundkapitals sich auch die für die Zuzahlungen nötigen Barmittel im Wege der nach § 305 erleichterten Kapitalserhöhung beschaffen kann. U. E. geht bereits aus dem Wortlaut des § 278 Abs. 1 und aus der nur durch die besondere Natur der Fusion bedingten Ausnahme von dieser Vorschrift (§ 305) klar genug hervor, daß dieser Weg für die Beschaffung der zuzuzahlenden Geldbeträge solange verschlossen bleiben muß, als die A.-G. ihr bisheriges Kapital nicht voll eingefordert hat. Da aber verschiedentlich unter Berufung auf Grund und Zweck des § 278 eine abweichende Ansicht geäußert worden ist, muß diese Vorschrift hier noch etwas näher betrachtet werden. Das Gesetz selbst läßt einen bestimmten Grund nicht ohne weiteres erkennen; deutlicher wird in der allgemeinen Begründung zum amtlichen Entwurf eines Aktiengesetzes aus dem Jahre 1884 — diesem Gesetz entstammt die genannte Vorschrift ursprünglich — hierüber Auskunft gegeben. Es wird dort [1]) ausgesprochen, daß eine Erhöhung des Betriebskapitals durch fremde Kapitalien, solange eigene Mittel der A.-G. vorhanden wären, unerwünscht sei, da eine Kapitalansammlung über den Bedarf hinaus zu gewagten Spekulationen

1) Stenogr. Berichte über die Verhandl. des Reichstags, 5. Legislaturperiode IV. Session 1884 3. Bd. Anlagen Aktenstück Nr. 21 S. 283 Sp. 1 und Sp. 2 oben.

verleite; man glaube nicht so weit gehen zu müssen, daß man der A.-G. vor Vollzahlung ihres Kapitals die Geldbeschaffung durch Aufnahme von Anleihen versage, eine Erhöhung des Grundkapitals müsse man jedoch ausschließen. Man darf aus all diesen Umständen den Grundsatz herauslesen, daß der Gesetzgeber sicher dort die Kapitalserhöhung vor der Vollzahlung der Einlagen verbietet, wo durch die Erhöhung bare Mittel in die Hand des Vorstandes gelangen; daran kann wohl auch die Tatsache nichts ändern, daß das Gesetz in den Fällen einer Kapitalserhöhung allein zum Zwecke der Durchführung einer Sacheinlage — wo dann allerdings sachlich die Vorschrift des § 278 Abs. 1 nicht mehr berechtigt wäre — eine ausdrückliche Befreiung nicht ausspricht. Wir möchten daher nicht der Ansicht v. Zieglers folgen, welcher anscheinend (in Holdheim 18. Jhrg. S. 62 Sp. 2 oben) dafür eintritt,daß auch eine Kapitalserhöhung, welche etwa notwendige Zuzahlungen beschaffen wolle, an sich unter § 305 fallen müsse, da hier ja der Endzweck — Verwertung der Mittel allein für die Durchführung der Fusion — festliege und eine Spekulation nicht mehr gestatte. Eine solche Auffassung — die sachlich wohl verständlich wäre — geht deshalb zu weit, weil man dann ja von der Anwendung des § 278 Abs. 1 stets dort absehen müßte, wo die A.-G. sich vorher in bezug auf die Verwendung der aus der Kapitalserhöhung stammenden Mittel gebunden und sich selbst damit eine Spekulation mit diesen unmöglich gemacht hat; das aber hat das Gesetz selbst niemals ausgesprochen. Es hieße dies der oben wiedergegebenen amtlichen Begründung eine zu große, ja eine völlig selbständige Bedeutung beimessen, die ihr nicht zukommen kann. Auch ist nicht unwidersprochen geblieben, daß die dort gegebene Begründung für das Gesetz entscheidend war. So führt z. B. Brodmann[2]) aus, die amtliche Begründung treffe nicht den Kern der Sache, das Gesetz habe vielmehr verhindern wollen, daß bei Gründung einer A.-G. das Grundkapital über den

2) „Aktienrecht" zu § 278 2. a. S. 436 und ebenso in ZBlHR. 2. Jhrg. S. 125.

eigentlichen Bedarf hinaus so hoch angesetzt werde, daß mit der Einforderung der noch nicht eingezahlten Beträge tatsächlich gar nicht mehr gerechnet zu werden brauche; gegen eine solche „Überkapitalisation" habe in dem § 278 Abs. 1 ein Hindernis geschaffen werden sollen, durch welches derartig aufgebaute Aktiengesellschaften wenigstens bei erneutem Kapitalbedarf gezwungen würden, zunächst auf die bisher nicht eingeforderten Einlagen zurückzugreifen und dadurch den tatsächlich mit dem Gesetz in Widerspruch stehenden Zustand solcher „Überkapitalisation" nunmehr abzubauen. Man mag diesen besonderen Grund anerkennen oder nicht — u. E. haben beide Überlegungen bei Schaffung der Vorschrift eine Rolle gespielt — jedenfalls ergibt auch die Brodmannsche Ansicht deutlich, daß der Gesetzgeber sicherlich dann eine Kapitalserhöhung vor Vollzahlung des bisherigen Kapitals ausschließen wollte, wenn durch dieselbe bare Mittel beschafft werden sollten. Es muß demnach eine unterschiedliche Behandlung je nach den Zwekken, denen die Kapitalserhöhung dient, erfolgen: Soweit dieselbe zur Beschaffung der Umtauschaktien stattfindet, führt eine entsprechende Anwendung des § 305 zur Zulassung der dort gewährten Erleichterungen; eine darüber hinaus — etwa zur Beschaffung der Zuzahlungsbeträge — vorgenommene Erhöhung dagegen ist den allgemeinen Vorschriften unterworfen, insbesondere bleibt das Verbot des § 278 Abs. 1 bestehen und auch das Bezugsrecht der Aktionäre insoweit erhalten [3]). Das Ergebnis erscheint unerwünscht für die Fälle, in denen die zur Herstellung eines erträglichen Umtauschverhältnisses notwendigen Zuzahlungen eine beträchtliche Höhe erreichen und nur dann zugelassen werden dürfen, wenn diese Zuzahlungen aus einer Kapitalserhöhung beschafft werden (vergl. oben S. 68). Zwar werden Zuzahlungen in solcher Höhe immerhin selten

3) Zustimmend Hueck a. a. O. S. 280 Sp. 2 und ähnlich Schmalenbach, „Finanzierungen", wie sich wohl aus seinen den Fall der Gewährung eines Wahlrechts betreffenden Ausführungen auf S. 127 ergibt; and. Ans. Junck a.

nötig sein, wie auch in der Mehrzahl der Fälle das Aktienkapital — auch mit Rücksicht auf § 179 Abs. 3 — voll eingefordert sein wird; dennoch müßte man u. E. in diesen seltenen Ausnahmefällen eine Kapitalserhöhung vor Volleinforderung des Grundkapitals zulassen; denn hier, wo die A.-G. die Zuzahlungen nicht aus im Wege der Kapitaleinforderung beschafften Mitteln bestreiten soll, würde eine solche Einforderung unnötig sein und gerade den in § 278 Abs. 1 mißbilligten Erfolg — Anhäufung unnötigen Barkapitals in den Händen der Verwaltung — notwendig herbeiführen.

Man hat grundsätzlich gegen jede entsprechende Anwendung der §§ 305 und 306 eingewendet, dieselben dürften gerade als „Ausnahmevorschriften" niemals ausdehnend angewendet werden[4]), was dem Grundsatz des Paulus (Dig. 1. 3. 14.) entspräche: „Quod vero contra rationem iuris receptum est, non est producendum ad consequentias". Wir haben uns allerdings oben auf den Standpunkt gestellt, daß nach dem äußeren Aufbau des Gesetzes den Fusionsvorschriften ein solcher Charakter beizumessen ist, daß sie also „ius singulare" darstellen, da sie ein allgemeines Rechtsprinzip für besonders geartete Fälle durchbrechen[5]). Aber ein solcher Charakter der Fusionsvorschriften ist noch keinesfalls ein unüberwindliches Hindernis für ihre analoge Anwendung; denn auch eine Ausnahmevorschrift muß innerhalb des engeren Prinzips, das ihr zu Grunde liegt, ausdehnend angewendet werden können. Gerade das trifft in unseren Fällen aber stets zu. Betrachtet man den § 306 als Ausnahme vom Prinzip des § 294 (oder auch des

---

a. O. Sp. 501 oben, der anscheinend jede Beschaffung der Zuzahlungsmittel durch Kapitalserhöhung ablehnt; es ist nicht ersichtlich, mit welcher Begründung; man vergl. dazu die diesbezgl. Kritik Brodmanns a. a. O. S. 127 oben.

4) So z. B. Makower a. a. O. zu § 305 I f) S. 836.

5) Dies bestreitet scharf Junck, a. a. O. Sp. 497, welcher u. a. anführt, die Eigenart der Fusion habe diese Vorschriften nötig gemacht und das Gesetz „schreite hier nur vom Allgemeinen zum Besonderen fort". Gegen Junck besonders Staub-Pinner zu § 305, a. 3, S. 826; im übrigen vgl. oben S. 26.

§ 303) — zwingende Anordnung der Liquidation in den Fällen der Auflösung einer A.-G. - so wird man, wenn man unsere Auffassung nicht völlig ablehnen will, zugeben, daß diese Ausnahme wie auch die des § 304 aus dem Grundsatz entspringt, geschlossene Unternehmen durch Ersparung der Liquidation dort zu erhalten, wo ein gleichwertiger Gläubigerschutz in jeder Hinsicht gewährleistet ist. Das aber trifft nach unseren obigen Darlegungen für die Tatbestände zu, auf die § 306 analog angewendet werden soll. Dasselbe hat aber auch für § 305 zu gelten. Wenn wir oben (S. 77) zu dem Ergebnis kamen, daß seine analoge Anwendung nur insoweit berechtigt ist, als durch die Kapitalserhöhung Umtauschaktien beschafft werden sollen, so ist auch diese Ausdehnung lediglich innerhalb des engeren Prinzips erfolgt, welches der Ausnahme des § 305 zu Grunde liegt. (Näheres vergleiche oben S. 75 ff.). Die Auffassung, daß auch Ausnahmevorschriften in diesem Rahmen der Ausdehnung fähig sind, wird in der Wissenschaft weithin anerkannt; es seien hier genannt: Enneccerus-Nipperdey (§ 44 I 2. S. 131), Regelsberger[6]), ferner Zitelmann[7]), welcher sagt: „Weit entfernt also, daß die Analogie, wie oft gelehrt wird, vor Ausnahmebestimmungen Halt macht, greift sie vielmehr bei ihnen Platz"[8]). Als Gegner sei hier Savigny (System . . Buch 1 Kap. 4 § 46 S. 294) genannt; als Grund führt er an, durch solche Ausdehnung würde eine bereits bestehende Regel willkürlich durchbrochen. Da Savigny aber die Analogie auch dort ablehnt, wo solche Regel nicht besteht – es sind dies Fälle der „echten Gesetzeslücken" — scheint uns der tiefere Grund für seine Ablehnung darin zu liegen, daß er das „jus singulare" notwendig als etwas dem Gesetz in seinen Grundgedanken Fremdes auffaßt, das sich in weiteren als den

---

6) „Gesetz und Rechtsanwendung" in Jher. Jhrb. Bd. 58 S. 168.

7) „Lücken im Recht", S. 24.

8) Ebenso auch Heck, Arch. ziv. Prax. Bd. 112 S. 186 ff. und M. Rumpf, „Gesetz und Richter", S. 159.

im Gesetz genau bezeichneten Fällen nicht durchsetzen könne. Auch das Reichsgericht hat in bestimmten Fällen mehrfach ausgesprochen, daß Vorschriften wegen ihres Ausnahmecharakters einer analogen Ausdehnung nicht fähig seien [9]). Daneben finden sich aber auch Entscheidungen, in denen trotz Ausnahmecharakters einer Vorschrift die analoge Ausdehnung gebilligt wird. Man vergleiche besonders das auch sachlich verwandte Urteil RGZ. 65 S. 239 (und ähnlich 68 S. 415), das von Junck a. a. O. Sp. 499 f. eingehend besprochen wird. Es befaßt sich u. a. mit dem Problem der ausdehnenden Anwendung des § 142 HGB., worin die Universalsuccession ohne Liquidation für den Fall zugelassen wird, daß eine O. H.-G. nur aus 2 Gesellschaftern besteht und bei einem von ihnen die Voraussetzungen vorliegen, unter denen seine Ausschließung zulässig ist. Das Urteil dehnt diese „Ausnahmevorschrift" auf die Fälle aus, wo unter 2 Gesellschaftern der Austritt des einen und Übernahme des Gesellschaftsvermögens durch den anderen im Wege der Universalsuccession ohne vorherige Liquidation vereinbart ist. Es heißt dort: „Daran, daß die analoge Anwendung des § 142 Abs. 3 nicht durch die Natur dieser Vorschrift als Ausnahmevorschrift ausgeschlossen wird, hält der Senat fest" [10]). Man wird daher sagen dürfen, daß das Reichsgericht sicher nicht einheitlich an dem genannten Grundsatz unbedingt festhält, und daß derselbe deshalb nicht geeignet ist, in unserem Falle eine im übrigen berechtigte analoge Ausdehnung zu verhindern.

9) So besonders zu §§ 912—916 BGB. in den Urteilen RGZ. 47 S. 360, 65 S. 362, ferner 78 S. 172 und 60 S. 417.

10) Dasselbe wird in RGZ. 87 S. 286 und in RGZ. 113 S. 186 ausgesprochen.

KAPITEL 8.

Der Kreis der in den Kap. 6 und 7 umgrenzten Fälle zulässiger barer Gegenleistungen kann aus anderen als den dort angestellten Erwägungen nicht erweitert werden.

Nachdem wir zu dem Ergebnis gekommen sind, daß die Zweckvorstellungen des Gesetzgebers eine Nichtanwendung des § 303 bei Verschmelzungsverträgen, in denen neben Aktien bare Gegenleistungen versprochen werden, nur in begrenztem Umfange notwendig machen, bleibt noch die Frage offen, ob vielleicht auch entgegen dem erkennbaren Zweckwillen des Gesetzgebers aus besonderen Gründen heute eine weitergehende Nichtanwendung des § 303 möglich ist. Vergegenwärtigt man sich das, was oben S. 31 zu dieser Frage grundsätzlich angeführt wurde, so kann dies nur dann der Fall sein, wenn seit Erlaß des Gesetzes eine rechtliche oder tatsächliche Veränderung eingetreten ist, durch welche die gesamten Grundlagen, die die Wertung des Gesetzgebers veranlaßten, völlig verschoben wurden, so daß heute eine Anwendung der Vorschrift im Sinne der Wertungen des Gesetzgebers nicht mehr möglich erscheint. Außerdem hat die Anwendung des § 303 noch dann zu unterbleiben, wenn sich in der Zwischenzeit ein Gewohnheitsrecht gebildet hat, welches die Anwendung der Fusionsvorschriften der §§ 305 und 306 auf die geschilderten Zuzahlungsfälle in weiterem Umfange gestattet. Die Grenze zwischen diesen beiden Möglichkeiten ist insofern nicht scharf, als gerade das Gewohnheitsrecht häufig der Ausdruck einer durch rechtliche oder tatsächliche Veränderungen notwendig gewordenen neuen Wertung ist, und deshalb auch beim Vorliegen eines Gewohnheitsrechtes die zuerst genannte

Voraussetzung nicht selten wenigstens zum Teil gegeben sein wird.

Diese erstgenannte Voraussetzung ist nicht erfüllt. Eine Verschiebung der Wertungsgrundlagen könnte, da irgendwie bedeutsame gesetzgeberische Eingriffe in das fragliche Rechtsgebiet nicht erfolgt sind, nur durch Veränderungen wirtschaftlicher Art verursacht sein. Man wird nicht leugnen, daß in der Zwischenzeit die Häufigkeit der Verschmelzungen zugenommen hat, und daß damit dem gesamten Fusionsinstitut heute eine Bedeutung zukommt, die ihm der Gesetzgeber nicht zumessen konnte [1]); eine Verschiebung der Wertungsgrundlagen braucht diese Tatsache aber keineswegs zu bedeuten. Eher liegt eine solche Verschiebung vielleicht in der neuerdings [2]) häufiger betonten Tatsache, daß die Fusion insoweit ihren Charakter geändert habe, als sie nicht mehr, wie zur Zeit der Entstehung des HGB., vorwiegend in der „Aufsaugung" kleiner Unternehmen durch größere Gesellschaften bestehe, sondern heute vorwiegend als Rechtsform für die Verschmelzung gleichgroßer Gesellschaften diene, wobei es von zufälligen Umständen abhänge, welche Gesellschaft formell als „aufnehmende A.-G" auftrete. Man betont daher vielfach, heute seien beide Gläubigergruppen in gleicher Weise schutzbedürftig, und insoweit sei heute die Grundlage nicht mehr vorhanden, aus welcher heraus der Gesetzgeber den Schutz der Gläubiger der aufgelösten A.-G. als seine vorwiegende Aufgabe zu erkennen glaubte. Zu einer Erweiterung der bisher festgestellten Fälle von „unechten Lücken" kann aber gerade diese Erwägung, selbst wenn man ihr entscheidende Bedeutung zumißt, nie führen, sie wird im Gegenteil zur Vorsicht bei der Zulassung bedeutender Zuzahlungen mahnen, und insoweit wurde ihr oben Rechnung getragen. Man

---

1) Vergl. Brodmann, „Über den Bericht der Aktienrechtskommission des D. Jur. Tages" in ZHR. Bd. 94 S. 77.

2) Vgl. Bericht der Juristentagskommission für Aktienrechtsreform S. 40 sowie Hachenburg Bericht für den Enquête-Ausschuß S. 49.

wird endlich zugeben, daß z. T. infolge fortschreitender Konzernierung, Verschachtelung etc. heute die Herbeiführung eines gerechten Ausgleichs zwischen den Fusionsparteien größeren Schwierigkeiten begegnet als zur Zeit der Entstehung des Gesetzes. Nicht selten wird daher angeführt — man vergl. z. B. Junck a. a. O. Sp. 491 f. — das Zuzahlungsverbot entwerte unter den heutigen Verhältnissen das gesamte Institut der Fusion, mache wirtschaftlich eine solche weitgehend unmöglich. Entschließt man sich jedoch dazu, in dem oben, Kapitel 6, dargestellten Umfange von einer Anwendung des § 303 abzusehen, so ist dem allergrößten Teil dieser Einwände jeder Boden entzogen, da man dann nicht mehr von einer wirtschaftlichen Notwendigkeit von Zuzahlungen, die über diesen Rahmen hinausgehen, sprechen kann. Bei der ganzen Frage der ausdehnenden Anwendung einer Vorschrift gegen den Willen des Gesetzgebers und im Widerspruch zu seinen Zwecken ist überhaupt — wie Rümelin, Arch. ziv. Prax. Bd. 122 S. 292 ausspricht — „nicht nur doppelte sondern dreifache Vorsicht geboten", der Richter wird hier nur in jeder Beziehung zwingenden Forderungen weichen dürfen und wird auch sorgfältig gerade hier das Interesse der Allgemeinheit an einer möglichst gleichmäßigen Rechtsprechung beachten müssen.

Die Untersuchung der Frage, ob sich inzwischen bezüglich der Nichtanwendung des § 303 ein weiterreichendes Gewohnheitsrecht gebildet hat, wird notwendig infolge der Tatsache, daß die Registergerichte vom Erlaß des neuen HGB. an bis in die Zeit nach dem Weltkriege im allgemeinen keine Einwendungen erhoben haben gegen die Eintragung von Fusionsverträgen, in denen Ausschluß der Liquidation nach § 306 vereinbart und gleichzeitig neben Aktien Zuzahlungen — z. T. in bedeutender Höhe — versprochen wurden. Der Umstand, daß ein solches Gewohnheitsrecht inhaltlich z. T. im Widerspruch zu zwingendem Gesetzesrecht stehen würde, kann kein grundsätzliches Hindernis für seine Entstehung sein. (Zu Unrecht beruft sich

darauf Heymann (Bremen) a. a. O. S. 238.) Vollgültiges Gewohnheitsrecht steht dem „gesetzten Recht" gleichberechtigt gegenüber und ist sehr wohl befähigt, Gesetzesrecht außer Kraft zu setzen, ja es ist das heute geradezu sein Hauptgebiet geworden[3]). Man wird allerdings, wenn die Bildung von Gewohnheitsrecht gegen das Gesetz behauptet wird, im Einzelfall noch sorgfältiger das Vorliegen aller Voraussetzungen zu prüfen haben.

Auf die Natur des Gewohnheitsrechts, auf den Grund seiner Anerkennung und den Meinungsstreit hierüber kann hier nur ganz kurz eingegangen werden, da die praktische Aufgabe im Vordergrund stehen muß. Die herrschende Meinung führt alles Gewohnheitsrecht auf den Volkswillen oder auf die Volksüberzeugung zurück. Nach der „Willenstheorie" (vertreten z. B. von Enneccerus-Nipperdey § 35 III c S. 108) entsteht Gewohnheitsrecht durch den in der Regel durch Übung geäußerten Willen der Gemeinschaft. Die „Überzeugungstheorie" (vertreten besonders durch Rümelin „Die bindende Kraft des GR. und ihre Begründung") sieht den Ursprung desselben in der Überzeugung der Gemeinschaft, die durch Übung geäußert und bestätigt wird. (Ebenso Reichel a. a. O. S. 102.) Gleich, welcher Theorie man sich anschließt — u. E. trägt die Überzeugungstheorie den tatsächlichen Verhältnissen besser Rechnung — stets wird man für die Bildung von Gewohnheitsrecht zwei grundsätzliche Voraussetzungen aufstellen müssen: 1) Das Vorhandensein einer Rechtsüberzeugung der Gemeinschaft oder eines Gemeinschaftswillens, gerichtet auf die Verwirklichung einer „bindenden" Regel; 2) die Äußerung dieser Überzeugung oder dieses Willens, die gewöhnlich durch Übung erfolgt. Da die Übung heute vorwiegend durch den Gerichtsgebrauch dar-

---

3) Das ist heute herrschende Meinung, man vergl. z. B. Reichel, „Gesetz und Richterspruch" S. 131, 133 u. 135, wo er noch besonders darauf hinweist, daß es nicht selten gerade der Gerichtsgebrauch ist, der zu diesem Erfolge führt; ebenso Rümelin, „Die bindende Kraft des GR.", S. 43.

gestellt wird, geht die Bildung von Gewohnheitsrecht heute in der Mehrzahl der Fälle so vor sich, daß sich zunächst ein gleichmäßiger Gerichtsgebrauch entwickelt, der seinerseits die notwendige Rechtsüberzeugung der Gemeinschaft zur Entstehung bringt, indem die Gemeinschaft auf zukünftiges, gleichartiges Handeln der Gerichte vertraut und ihr eigenes Verhalten danach einrichtet. Erst nach der Entstehung dieser Überzeugung kann der Gerichtsgebrauch Äußerung derselben sein und somit Gewohnheitsrecht entstehen. (Man vergl. Rümelin, „Die bindende Kraft des GR." S. 47 und Enneccerus-Nipperdey a. a. O. § 36 I 2. S. 108 An. 3). Diese Rechtsüberzeugung braucht natürlich nicht das gesamte Volk zu erfassen — das würde nur in den seltensten Fällen möglich sein — es genügt, wenn sie in dem Kreise aller an der Rechtsfrage Beteiligten vorhanden ist. Da auch in unserem Falle ein erweiterndes Gewohnheitsrecht nur auf die geschilderte Weise entstanden sein kann, wird man zweckmäßig die Frage nach der Entstehung eines entsprechenden Gerichtsgebrauches bei unserer Untersuchung an die Spitze stellen.

Von der Entstehung des HGB. an bis in die Inflationszeit hinein ist eine Gleichmäßigkeit in der Zulassung von Zuzahlungen bei Fusionen nach § 306 durch die Registerbehörden unverkennbar; ob damit das Erfordernis eines allgemeinen, gleichartigen Gerichtsgebrauches erfüllt ist, mag noch fraglich erscheinen. Einmal finden sich in der Rechtsprechung immerhin vereinzelte Urteile — auch höherer Gerichte — die Zuzahlungen ablehnen oder doch in dieser Frage sehr vorsichtig sind. Ferner ist nicht zu leugnen, daß die Wissenschaft stets eine vorwiegend ablehnende Haltung eingenommen hat. Man kann deshalb sogar sagen, daß wenn die Frage im Rechtsstreit vor höheren Gerichten zum Austrag gekommen wäre, das Ergebnis keinesfalls festgestanden hätte. Dennoch muß der Umstand, daß lange Jahre hindurch die genannten Fusionsverträge bei den Registerbehörden tatsächlich nicht beanstandet wurden,

schwerer wiegen, und wir möchten daher die Frage nach dem Vorliegen eines solchen Gerichtsgebrauches bis etwa 1922 bejahen.

War aber ein solcher vorhanden, so dreht sich die zweite und entscheidende Frage unserer Untersuchung darum, ob durch das Verhalten der Registerbehörden tatsächlich innerhalb des Kreises der Beteiligten die Überzeugung hervorgerufen wurde, „die Zuzahlungen werden nicht nur bisher tatsächlich zugelassen, sondern auch in Zukunft werden den Vertragsparteien, die Zuzahlungen vereinbaren, keine Schwierigkeiten gemacht werden können". Eine solche Überzeugung wird sich verhältnismäßig rasch bilden, und ihre Entstehung wird keineswegs vom Zufall unabhängig sein. Aus diesem Grunde, besonders aber auch deshalb, weil in unserem Falle eine solche Überzeugung z. T. dem geltenden Recht widersprechen würde, möchten wir Rümelin a. a. O. S. 52 zustimmen, wenn er hier das Erfordernis einer wirklichen „Rechtsüberzeugung" scharf betont. Es kann daher nicht genügen die Überzeugung: „der Registerrichter wird die Frage so beurteilen, wie es bisher gebräuchlich war", es muß vielmehr darüber hinaus die Überzeugung vorhanden sein: „die bisher erfolgte Beurteilung der Frage ist die rechtlich gebotene, jeder Registerrichter, der anders verfährt, würde seine Pflicht verletzen". Daß eine derartige Rechtsüberzeugung in unserer Frage entstehen konnte, wird man mit Recht bestreiten; gerade die Stellung der Wissenschaft und die vereinzelt ergangenen ablehnenden Urteile werden das verhindern. — Zu einem gleichen, die Entstehung eines Gewohnheitsrechtes verneinenden Ergebnis würde man gelangen, wenn man, der Willenstheorie folgend, mehr auf den Gemeinschaftswillen, manifestiert in unserem Falle durch die Registerbehörden als Organe der Gemeinschaft, abstellt. Auch hier kann die Tatsache des Gerichtsgebrauches allein nicht genügen, derselbe muß nach herrschender Meinung allgemeine Anerkennung oder wenigstens keinen irgendwie bedeutsamen Wider-

spruch gefunden haben. Gerade das aber kann man nicht behaupten angesichts der in der Wissenschaft vorherrschenden Meinung und der — allerdings nur vereinzelten — Urteile der Gerichte. Übrigens scheint auch das Reichsgericht das Erfordernis allgemeiner Anerkennung zu betonen, wenn es beispielsweise in RGZ. 115 S. 314 unten feststellt, daß Gewohnheitsrecht sich durch bloßen Gerichtsgebrauch nicht bilden könne, wenn höchstrichterliche Entscheidungen und Schrifttum eine dem Gerichtsgebrauch widersprechende Stellung einnehmen.

KAPITEL 9.

Zusammenfassung des Untersuchungsergebnisses und Vergleich desselben mit den Ansichten, wie sie heute im Schrifttum vorwiegend vertreten werden.

Als Ergebnis unserer Untersuchungen können wir, was die Fusion unter vertraglichem Ausschluß der Liquidation angeht, nunmehr endgültig feststellen:

1) Die Fusionsvorschriften des HGB. (§ 305 und 306) sind unmittelbar nur auf solche Verschmelzungsvorgänge anwendbar, bei denen die von der übernehmenden A.-G. zu gewährende Gegenleistung lediglich in Aktien dieser Gesellschaft besteht. Zahlungen, welche zum Ausgleich der für das laufende Jahr etwa ausfallenden Dividende vereinbart werden, sind, ebenso wie etwa versprochene Stückzinsen, hierbei ohne rechtliche Bedeutung.

2) Die genannten Vorschriften finden, falls andere Gegenleistungen, insbesondere Barzahlungen neben Aktien ausgemacht sind, nur dann entsprechende Anwendung, wenn diese Leistungen zur notwendigen Vereinfachung eines sich aus dem Vergleich der inneren Werte der Gesellschaften oder ihrer Aktienkurse ergebenden komplizierten Umtauschverhältnisses festgelegt werden. Bestehen diese Leistungen in baren Auszahlungen und erreichen sie notwendig eine so beträchtliche Höhe, daß eine Gläubigergefährdung durch Substanzminderung nicht völlig ausgeschlossen erscheint, so finden die genannten Vorschriften nur dann entsprechende Anwendung, wenn gleichzeitig der Nachweis erbracht wird, daß die notwendigen Barmittel durch eine Kapitalserhöhung auf Seiten der übernehmenden A.-G. beschafft werden. Ausnahmsweise kann eine entsprechende Anwendung der Fusionsvorschriften auch dann

stattfinden, wenn derartige Barzahlungen der übernehmenden A.-G. in zunächst unbestimmbarer Gesamthöhe lediglich zum Ausgleich der sich im Einzelfall ergebenden Spitzen vereinbart sind und das Interesse der Aktionäre der aufgelösten A.-G. den Ausgleich gerade auf diesem Wege dringend erfordert.

Die eine Kapitalserhöhung erleichternden Vorschriften des § 305 Abs. 1 finden grundsätzlich nur insoweit entsprechende Anwendung, als die Kapitalserhöhung der Beschaffung der Umtauschaktien dient.

Angesichts der Tatsache, daß die Begründung unseres Ergebnisses von der Ansicht der meisten Schriftsteller abweicht, ist es geboten, vom praktischen Standpunkte aus kurz zu prüfen, wie weit wenigstens im Ergebnis Übereinstimmung vorhanden ist.

Schon im Text wurde darauf hingewiesen, daß wir uns voll und ganz der Auffassung von Hueck[1]) anschließen; eine dieser Begründung zustimmende Stellungnahme liegt im Schrifttum anscheinend nicht vor. Im Ergebnis dagegen steht eine ganze Anzahl von Schriftstellern unserer Ansicht sehr nahe. Zuerst wäre hier R. Fischer (in Ehrenbergs Handbuch des ges. Handelsrechts, 3. Bd. 1. Abtlg. § 59 III 3. S. 416—418) zu nennen. Er läßt andere Vorteile neben Aktien als Gegenleistung zu, „soweit die Gewährung von Aktien mit Rücksicht auf die aktiengesellschaftliche Verhältnisbewertung (zu diesem Begriff siehe besonders Fischer a. a. O. S. 282) unmöglich ist" (a. a. O. S. 416); wie aus dem von ihm S. 417 An. 19 angeführten Beispiel klar erhellt, steht Fischer damit trotz abweichender Begründung — er beruft sich auf einen durch Verkehrssitte und Gewohnheitsrecht bestimmten dehnbaren Begriff der Fusion — auf dem gleichen Standpunkt wie die obige Darstellung; denn er gestattet Zuzahlungen nur insoweit sie notwendig sind, um ein praktisch durchführbares Umtauschverhältnis zu schaffen.

---

1) In ZBIHR. 5. Jhrg. S. 287 ff.

und ferner soweit es sich um den Spitzenausgleich handelt[2]). Auch Brodmann, der als einer der Vertreter der herrschenden Meinung die unmittelbare Anwendung der Fusionsvorschriften auf Fusionsverträge, in welchen den Aktionären der aufzulösenden A.-G. Zuzahlungen ausgemacht werden, aufs schärfste ablehnt, steht im Ergebnis unserer Ansicht sehr nahe, da er „praktisch" — das heißt wohl im Wege entsprechender Anwendung der §§ 305 und 306 — Ausnahmen zulassen will, wenn die Zuzahlung wirklich nur einen Wertausgleich darstellt, um ein erträgliches Umtauschverhältnis zu ermöglichen, und die Gesamtmasse der Zuzahlungen im Verhältnis zu dem Vermögen beider Gesellschaften zusammengenommen so geringfügig ist, daß eine ins Gewicht fallende Beeinträchtigung der Gläubiger beider Gesellschaften gänzlich ausgeschlossen erscheint[3]). Der Brodmannschen Ansicht hat sich Friedländer („Aktienrecht" zu § 306 1. S. 301) angeschlossen. In den zahlreichen Dissertationen, die die Fusion im allgemeinen behandeln, findet sich ebenfalls verschiedentlich diese Ansicht. Wir möchten hier nennen: F. v. Cosel[4]) und L. Stern[5]), welche sich beide ausdrücklich auf R. Fischer berufen; ferner F. W. Marquardt[6]) und G. Steinbeck[7]), die beide „kleinere Geldbeträge zum Ausgleich" zulassen wollen. Ähnlich wollen W. Daebritz[8]), R. Busch[9]) und S. Auerbach[10]) Zahlungen, die lediglich „zur Ergänzung und zum Ausgleich

---

2) A. a. O. S. 417; Fischer denkt hierbei offenbar nicht, wie z. B. Staub-Pinner § 305 An. 3, lediglich an den Spitzenausgleich nach § 290 HGB.

3) So in ZBlHR. Jhrg. 2 S. 130 und ganz ähnlich in „Aktienrecht" zu § 306 7. a. S. 356 und ferner in ZHR. Bd. 94 S. 81.

4) „Die Fus. von Aktiengesellschaften", Diss. Würzburg 1921, S. 35 f.

5) „Die Fus. unter bes. Berücksichtigung des Konzernrechts", Diss. Köln 1929, S. 11.

6) „Die Fus. nach § 306 HGB.", Diss. Jena 1912, S. 18.

7) „Fus. nach HGB. § 305, 306", Diss. Leipzig 1911, S. 9.

8) „Die Fus. v. A.-G. nach § 306 HGB.", Diss. Leipzig 1908 S. 8 f.

9) „Die Fus. der A.-G.", Diss. Leipz. 1908, S. 13.

10) „Die Wirkungen einer Fus. nach § 306 HGB.", Diss. Gießen 1911, S. 3.

des Wertverhältnisses" erfolgen, nicht beanstanden. Unserer oben entwickelten Auffassung nähern sich im Ergebnis immerhin auch die Verfasser, welche Zuzahlungen lediglich zum „Spitzenausgleich" für statthaft halten; genannt seien hier H. Sauerbrey[11]) und W. Weisensee[12]), ferner K. Kramer[13]).

Eine im Ergebnis unserer Auffassung noch nahestehende Stellung nehmen die Bearbeiter ein, welche Zuzahlungen zwar auch nur begrenzt gestatten, die Abgrenzung aber keineswegs aus dem Interessengegensatz zwischen den Gläubigern der aufzulösenden A.-G. und der berechtigten Forderung der Aktiengesellschaften oder der Aktionäre der aufzulösenden A.-G. auf Vermeidung unnötiger Nachteile bei der Durchführung der Fusion bestimmen, sondern hierzu Erwägungen allgemeiner Art benutzen, insbesondere die Verkehrsanschauung heranziehen. Sie wollen Zuzahlungen insoweit gestatten, als die Aktiengewährung die Hauptleistung bleibt. Besonders Hachenburg[14]) hat diesen Standpunkt eingehend zu begründen versucht. Die gleiche Ansicht findet sich bereits angedeutet bei Abraham[15]), der allerdings gleichzeitig für die Zuzahlungen als weitere unumgängliche Voraussetzung ihre Bestimmung zum Wertausgleich betont und sich insoweit unserer Ansicht wieder nähert. Zahlreich sind auch die Dissertationen, in denen diese Ansicht verteidigt wird. Wir nennen hier: S. Loebenstein[16]) und J. B. Weber[17]), beide unter ausdrücklicher Be-

11) „Die Fus. v. A.-G. nach geltendem Handelsrecht", Diss. Greifswald 1914, S. 17.

12) „Die Fusion von A.-G. nach den Bestimmungen der deutschen Gesetzgebung", Diss. Erlangen 1929, S. 8 f.

13) „Vergleich des Falles usw.", Diss. Greifswald 1913.

14) In LZ. 1911 Sp. 656.

15) In Holdheim. 15. Jhrg. 1906 S. 293 f.

16) „Die Fusion der A.-G.", Diss. Straßburg 1909 S. 7—9.

17) „Vergleich des käuflichen Erwerbes usw.", Diss. Erlangen 1915 S. 65—69.

rufung auf Hachenburg; ferner eingehend C. O. Bachmann[18]) und endlich E. Tüscher[19]). Hierhin gehört wohl auch die Ansicht von H. Vater[20]), der Zuzahlungen dann gestatten will, wenn für jede Aktie der aufgelösten A.-G. mindestens eine der übernehmenden A.-G. eingetauscht wird.

Zu der Gruppe der Schriftsteller, die auch im Ergebnis mit unserer Ansicht in keiner Weise übereinstimmen, sind zunächst die meisten Vertreter der heute herrschenden Meinung zu zählen, die jede Barzahlung bei Fusionen nach § 305 und 306 ablehnt. Auf diesem Standpunkt steht insbesondere der Staubsche Kommentar von der 8. Auflage an[21]). Im gleichen Sinne äußern sich V. Ring[22]) und K. Lehmann[23]). Unbedingt ablehnend verhält sich auch Makower[24]), der auch die entsprechende Anwendung der §§ 305 und 306 auf unsere Fälle für unmöglich hält, unter Berufung auf den Wortlaut des Gesetzes, welches bei der Ungewißheit über die Zwecke des Gesetzgebers einer Ausdehnung nicht fähig sei. Der gleichen Meinung sind H. Naendrup[25]), Heymann (Bremen)[26]),

---

18) „Die Verschmelzung von Aktiengesellschaften", Diss. Marburg 1922, im Ausz. gedr. S. 17—22.

19) „Die Fusion und ihr Recht", Diss. Münster 1925 S. 10—15.

20) „Die Fusion unter Ausschluß der Liquidation nach § 306", Diss. Leipzig 1910. S. 20.

21) Staub-Pinner, Anm. 3 zu § 305 S. 826. Anders deutet Breit (ZHR. Bd. 94 S. 406) die Ausführungen Pinners zu § 305. Er folgert aus dem letzten Satz der Anm. 3 zu § 305 bei Pinner, daß derselbe Zuzahlungen zum Spitzenausgleich für zulässig halte; es scheint aber der Hinweis auf Anm. 10 bei Pinner dafür zu sprechen, daß hier nur an Zahlungen im Wege des Zwangsverfahrens des § 290 gedacht ist.

22) K. Lehmann und V. Ring, „Das Handelsgesetzbuch des Dtsch. R." 1. Bd. zu § 305, Anm. 4.

23) In der von ihm bearbeiteten 2. Auflage des unter Fußn. 22) genannten Werkes; ferner „Das Recht der Aktiengesellschaften" Bd. 2 S. 534 sowie in „Lehrbuch des Handelsrechts" 2. Aufl. 1912, § 93, 2 Anm. 1 S. 457 und auch wohl bereits in ZHR. Bd. 50 S. 41.

24) „Handelsgesetzbuch mit Kommentar", 13. Aufl. 1. Bd., 1. Teil zu § 305 I. f.) 1. S. 836.

letzterer gleichzeitig unter Hinweis auf den Untergang der aufgelösten A.-G. und die damit verbundene Unmöglichkeit einer Haftung derselben; R. u. F. Esser[27]), Goldmann[28]), C. Ritter[29]), Brand[30]), Fr. Goldschmit[31]) und Cosack[32]). Auch Horrwitz[33]) lehnt jede Zuzahlung ab, allerdings nicht unter Berufung auf den angeblich unzweideutigen Wortlaut, sondern aus der Überlegung heraus, daß der „Sinn des Gesetzes" eine solche Ausdehnung verhindere. Im Endergebnis stellt sich endlich auch v. Ziegler[34]) auf diese Seite, obwohl gerade er die praktischen Schwierigkeiten betont und zugibt, daß eine innere Begründung für die Ablehnung jeder Ausdehnung nicht zu erkennen sei. Zahlreiche Dissertationen kommen zu einer ähnlichen Beurteilung der Frage[35]). Endlich gehören noch hierher die Schriftsteller, welche Zuzahlungen lediglich für den Dividendenausgleich oder als Stückzinsen gestatten wollen. Ge-

---

25) „Rechtsscheinswirkungen im Aktienrecht", in „Beiträge zum Wirtschaftsrecht", herausgegeben von Clausing, Nipperdey, Nußbaum, (Festschrift für Ernst Heymann) S. 896 f.

26) ZHR. Bd. 92 S. 234 oben.

27) „Die Aktiengesellschaft", zu § 306 3. S. 230.

28) „Das Handelsgesetzbuch vom 10. 5. 1897" 2. Bd. zu § 305 I 2. S. 1228.

29) „Das HGB. mit Ausschluß des Seerechts", S. 382 Anm. 1 zu § 305.

30) „Das HGB. mit Ausschluß des Seerechts" 1911, zu § 305 Anm. 2 a) ee).

31) „Die Aktiengesellschaft" 1927, zu § 305 Bem. 9 S. 452.

32) „Lehrbuch des Handelsrechts" 2. Aufl. 1930 S. 132.

33) „Das Recht der Generalversammlungen usw." Buch 5 § 96 II 3) S. 453.

34) In Holdheim 18. Jhrg. S. 62 f.

35) Unter ausdrücklicher Berufung auf Makower und die herrschende Meinung z. B. A. Gern, Diss. Erlangen 1907, S. 10, H. Roeckerath, Diss. Leipzig 1908, S. 4, und R. Döge, Diss. Leipzig 1908, S. 8; unter Berufung auf den Wortlaut, ferner: K. Geyer, Diss. Leipzig 1907, S. 3, M. Hommelsheim, Diss. Leipzig 1908, S. 4 O. Hafner, Diss. Erlangen 1910, S. 13 f., Korff, Diss. Erlangen 1909, S. 16 f. und W. Sommer, Diss. Heidelberg 1910, S. 7; auf den gesellschaftsrechtlichen Charakter der Fusion beruft sich besonders C. Kraemer, Diss. Leipzig 1910, S. 14, während v. Ploetz (Diss. Greifswald 1916, S. 15) die Ausdehnung deshalb ablehnt, weil dabei jede Abgrenzungsmöglichkeit mit den Geschäften des § 303 fehle.

nannt seien hier Ullmann[36]) und von den Dissertationen R. Wandschneider[37]), H. Wustandt[38]) und E. Fix[39]).

Auf einem völlig entgegengesetzten Standpunkt, der sich aber gleichfalls mit unserem Ergebnis in keiner Weise vereinigen läßt, stehen diejenigen Schriftsteller, welche Zuzahlungen in unbegrenzter Höhe zulassen, vorausgesetzt nur, daß jedem Aktionär der aufgelösten A.-G. wenigstens eine Aktie der übernehmenden A.-G. nach dem Verteilungsplan zugedacht ist, wobei es gleichgültig sein soll, ob er praktisch wegen seines zu geringen Aktienbesitzes nach dem Verfahren des § 290 befriedigt wird und tatsächlich keine Aktie erhält. Vertreten und eingehend begründet wurde diese Ansicht besonders von Junck[40]). Er muß notwendig zu diesem Ergebnis kommen aus dem Gedanken der möglichsten Vermeidung wertzerstörender Liquidation heraus (vergl. Jher. Jhrb. Bd. 77 S. 314 f.) — dem wir im allgemeinen zustimmen – verbunden mit einer sehr hohen Einschätzung auch des tatsächlichen Wertes der Schutzvorschriften des § 306, der wir nicht völlig beipflichten können. Den gleichen Standpunkt vertreten H. Koenige[41]) und R. Goldschmidt[42]), wobei letzterer sich ausdrücklich auf Junck beruft. Im Grunde gehört hierhin auch die von H. Staub persönlich vertretene Ansicht[43]), die sich auch bei H. Wirtz[44]) findet. Endlich muß auch Schmalenbach zu dieser Gruppe gezählt werden; in „Finanzierungen" S. 127 und etwas eingehender in „Technik der Fusionen" (Zeitschr. f. handelswissenschaftl. Forschung 4. Jhrg. S. 56) betont er, daß „sinngemäß nach heute geltendem Recht" die Gewährung von Geld neben Aktien zuläs-

---

36) a. a. O. S. 39.

37) Diss. Rostock 1910, S. 34 f.

38) Diss. Würzburg 1918, S. 20.

39) Diss. Frankfurt 1928, S. 2 Anm. 7.

40) In LZ. 1924 Sp. 489—506 und in Jher. Jhrb. Bd. 77 (1927) S. 297—319.

41) „Handausgabe des HGB." zu § 305 2. b. S. 548.

42) a. a. O. S. 43 unten.

43) Staub'scher Kommentar 6./7. Aufl. S. 912 und 918.

44) „Die Fusion des deutschen Handelsgesetzbuches", Diss. Erlangen 1908 S. 9.

sig sei, wobei er fordert, daß solche Auszahlungen aber erst nach Ablauf der Sperrfrist geschehen dürften. Dieser Ansicht schließt sich K a h n [45]) an.

Die Rechtsprechung hat noch nicht Gelegenheit gehabt, zu der Frage endgültig Stellung zu nehmen. Abgesehen von den beiden oben bereits besprochenen Reichsgerichtsentscheidungen, die den Fragenkomplex nicht unmittelbar berühren, hat von den höheren Gerichten bisher nur das Bayerische Oberste Landesgericht (Beschluß vom 22. 6. 1910, mitgeteilt in OLGR. 22 S. 32) sich zu unserer Frage äußern können. Am Schluß der Entscheidung stellt es dort in allgemeiner Formulierung fest, daß bei Fusionen nach § 305 die Gewährung anderer Vorteile neben Aktien, insbesondere die Entschädigung in Geld, ausgeschlossen sei. Es stellt dieses fest, ohne dafür eine Begründung zu geben, und auch ohne daß — wir stimmen hier J u n c k a. a. O. Sp. 495 zu — der Tatbestand eine solch allgemeine Feststellung überhaupt noch erfordert hätte. Dem ganzen Aufbau nach gründet nämlich die Entscheidung ihre Stellung darauf, daß im Fusionsvertrage kein eindeutiges Umtauschverhältnis zwischen den Aktien beider Gesellschaften vereinbart wurde, nach welchem jeder Aktionär der aufgelösten Gesellschaft planmäßig Mitglied der übernehmenden A.-G. werden konnte. Man tut daher gut, den Wert dieses Urteils für die Entscheidung unserer Frage nicht zu überschätzen.

45) „Die Fusionen in Deutschland unter besonderer Berücksichtigung der Fusionen der Jahre 1918—1921", Diss. Freiburg i. Br. 1924 S. 56.

KAPITEL 10.

Auch bei der Fusion mit Liquidation sind bare Gegenleistungen in etwa gleichem Umfange zulässig.

Wie eingangs bemerkt, haben wir uns bisher nur mit der praktisch weitaus wichtigsten Verschmelzungsform, der Fusion unter gleichzeitigem Ausschluß der Liquidation, befaßt, zum Schluß bedarf es daher noch kurzer Untersuchung, wieweit die dort gefundenen Ergebnisse auch für eine Verschmelzung zutreffen, bei der die Liquidation von den Parteien nicht ausgeschlossen worden ist (sog. Fusion lediglich nach § 305). Man wird sich eine solche Fusion so vorstellen müssen, daß die aufzulösende A.-G. in Liquidation tritt und sich verpflichtet, den Liquidationserlös — das ist in den Fällen der Vermögensveräußerung im ganzen regelmäßig das von der A.-G. bisher betriebene Unternehmen, soweit zur Befriedigung der Gesellschaftsgläubiger nicht Teile desselben veräußert werden mußten — auf die übernehmende A.-G. zu übertragen. Die übernehmende A.-G. ihrerseits verpflichtet sich, die Gegenleistung an die Aktionäre der aufgelösten A.-G. in Gestalt von Aktien nach dem Verhältnis der Beteiligung dieser Aktionäre an der aufgelösten A.-G. zu gewähren. Denn, wenn wir oben feststellten, daß das gesellschaftsrechtliche Moment der Fusion das Gepräge gibt, so muß auch die Fusion mit Liquidation dadurch gekennzeichnet sein, daß die übernehmende A.-G. als Gegenleistung für die erhaltene Sacheinlage die Aktionäre der aufgelösten A.-G. unmittelbar als Mitglieder nach dem Verhältnis der Beteiligung an dieser A.-G. aufnimmt. Dafür spricht auch der § 305 Abs. 3, der auf das Verfahren des § 290 verweist, welches nur bei einem derartigen Aktienumtausch in Frage kommen kann [1]). Natür-

1) So Brodmann, „Aktienrecht" zu § 305 1. f) S. 527 und im Grunde wohl auch Staub-Pinner, § 305 Anm. 3 S. 571 f.

lich kann die in Liquidation befindliche A.-G., ebenso wie bei der Fusion ohne Liquidation, mit der Vornahme des Umtausches betraut werden [2]). Sie handelt aber bei Empfang der umzutauschenden Aktien der übernehmenden A.-G. nicht im eigenen Interesse; denn nach Abschluß der Liquidation kann sie ein eigenes Interesse ja gar nicht mehr haben, man wird sie vielmehr als Stellvertreterin ihrer Aktionäre betrachten müssen [3]).

In bezug auf die Gegenleistung im besonderen muß natürlich grundsätzlich dasselbe gelten wie bei der — nach dem Aufbau des Gesetzes vom Umfange des § 305 gleichfalls bestimmten — Fusion ohne Liquidation, d. h. eine unmittelbare Anwendung des § 305 auf Geschäfte, die in der eben geschilderten Weise aufgebaut sind, findet nur statt, wenn als Gegenleistung ausschließlich Aktien der übernehmenden A.-G. vorgesehen sind. Die weitere Frage geht also auch hier darum, ob in solchen Fällen eine entsprechende Anwendung des § 305 möglich ist, in denen bei den geschilderten Verträgen neben Aktien auch bare Gegenleistungen versprochen werden [4]). Da eine „echte Gesetzeslücke" hier nicht vorliegt — der Tatbestand ist ja grundsätzlich durch § 303 und die allgemeinen Vorschriften über die Kapitals-

---

2) Brodmann, „Aktienrecht" zu § 305 3. b. S. 528, meint wohl mit Recht, daß, solange die aufgelöste A.-G. besteht, die Abwicklung grundsätzlich durch sie zu geschehen hat.

3) Das, was Schmalenbach („Finanzierungen", S. 149 f.) als „Fusion mit Gewährung von Aktien an die Aktiengesellschaft" bezeichnet und worauf er § 305 anwendet, ist u. E. keine Fusion, sondern Veräußerung des Vermögens im Ganzen nach § 303, wobei die Gegenleistung zufällig in Aktien besteht; denn Schmalenbach sieht den Vorgang so, daß die in Liquidation befindliche A.-G. ihr nach Befriedigung der Gläubiger verbliebenes Reinvermögen an die übernehmende A.-G. im Ganzen veräußert und als Gegenleistung Aktien der übernehmenden A.-G. erhält, die sie nach Liquidationsvorschriften (etwa § 300) in natura an die Aktionäre verteilt oder auch veräußert, um den Ertrag an diese auszuschütten.

4) Dabei muß betont werden, daß die Gegenleistung nie an die Liquidationsgesellschaft als solche zu erbringen ist, sondern stets an deren Aktionäre, die gegebenenfalls beim Empfange der Leistung durch den Vorstand vertreten werden. (Vergl. oben S. 10, Anm. 3.) Überall wo die Liquidationsgesellschaft selbst als Empfangspartei auftritt, kann nach dem eben Dargelegten von einer Fusion überhaupt nicht gesprochen werden.

erhöhung geregelt – wird es sich auch hier wieder um die Frage handeln, ob eine „unechte Gsetzeslücke" deshalb bejaht werden kann, weil die Anwendung der allgemeinen Vorschriften hier den Zwecken des Gesetzgebers widerstrebt. Über die Zwecke des Gesetzgebers, welche in § 305 zutage treten, wurde oben bereits gehandelt; wir erblickten sie in der Suspendierung von Vorschriften, welche hier in unnützer, ja sinnloser Weise die etwa notwendige Kapitalserhöhung auf seiten der übernehmenden A.-G. erschweren würden. Diese Zwecke, die vielmehr Selbstverständlichkeiten sind, treffen aber hier nicht den Kern der Sache. Wenn wir uns fragen, warum der Gesetzgeber diese Form der Fusion besonders geregelt hat, so können wir eine Antwort nur aus einer Betrachtung der Eigenschaften dieses Geschäftes finden, die es von der Veräußerung nach § 303, mit der es äußerlich so nahe verwandt ist, auszeichnen. Dann aber kommen wir zu dem Schluß, daß der Gesetzgeber auch hier ein vorwiegend durch gesellschaftsrechtliche Momente bestimmtes Geschäft dem reinen Veräußerungsgeschäft nach § 303 gegenüberstellen wollte, daß er, praktisch gesprochen, den Aktionären der aufgelösten A.-G. die Möglichkeit geben wollte, als Gegenleistung für die durch ihren Verzicht auf den Liquidationserlös bewirkte Einlage einen unmittelbaren Anspruch gegen die übernehmende A.-G. auf Gewährung von Mitgliedschaftsrechten zu erwerben. Es geht wohl aus dem ganzen Aufbau des Gesetzes, der auf den praktischen Hauptfall der Fusion ohne Liquidation hinstrebt, hervor, daß auch schon bei der Fusion lediglich nach § 305 dem Gesetzgeber als Ziel vorgeschwebt hat, die Mitgliedschaftsrechte an der aufgelösten A.-G. möglichst restlos in solche an der übernehmenden A.-G. überzuführen. Wenn nun hier — wie häufig in den früher dargestellten Fällen der Fusion ohne Liquidation – ein kompliziertes Umtauschverhältnis solcher möglichst weitgehenden Umwandlung entgegensteht und lediglich zur Vereinfachung desselben bestimmte bare Gegenleistungen versprochen werden, so würde es diesem Zwecke des Gesetz-

gebers widersprechen, wenn allein deshalb das Geschäft nach den Grundsätzen der Verteilung des Liquidationserlöses an die Aktionäre abgewickelt werden müßte [5]). In diesem Rahmen wäre daneben besonders zu beachten, daß bei einer Unterstellung dieser Fälle unter die allgemeinen Vorschriften hier auch § 278 zur Anwendung käme, was einen Verstoß gegen den wahrscheinlichen Zweck gerade auch dieser Vorschrift bedeuten würde, da man die A.-G. zwänge, durch vorherige Volleinziehung des Grundkapitals im Augenblick nicht benötigte Barmittel in die Hände des Vorstandes zu geben [6]). Die Höhe der baren Gegenleistungen ist hier innerhalb des Rahmens der zur Erreichung eines glatten Umtauschverhältnisses notwendigen Beträge nicht begrenzt, da die bei der Fusion ohne Liquidation daneben entscheidenden Gesichtspunkte des Gläubigerschutzes hier fortfallen. Nur in diesen Fällen wäre also eine „unechte Gesetzeslücke" zu bejahen, die wiederum nach den Grundsätzen des § 305 ausgefüllt werden müßte. Dabei wäre schließlich noch zu betonen, daß die Erleichterungsvorschriften des § 305 Abs. 1 und 2 auch hier nur insoweit zur Anwendung kommen, als die Kapitalserhöhung der Beschaffung der Umtauschaktien dient.

---

5) Gewiß brauchte praktisch der Nachteil einer solchen Abwicklung für die Aktionäre nicht immer groß zu sein; sie können ja in der Generalversammlung die ihnen angenehmste Verteilungsart bestimmen, immerhin jedoch würde hier eine kostspielige Fortdauer der Liquidationsverwaltung erzwungen, die sachlich nicht mehr nötig sein würde, wenn eine wirkliche Fusion stattfinden könnte.

6) Es sei aber betont, daß dieser Überlegung für die Abgrenzung eine selbständige Bedeutung nicht zukommen kann; denn, allein unter diesem Gesichtspunkte gesehen, müßte man in allen Fällen, in denen überhaupt Aktien gewährt werden, diese Erleichterungsvorschrift des § 305 entsprechend anwenden, insoweit es sich bei der Kapitalserhöhung um die Beschaffung dieser Aktien handelt. Eine derartig weitgehende Anwendung würde aber zu der vom Gesetzgeber gewollten scharfen Abgrenzung auch der Fusion nach § 305 von dem Veräußerungsgeschäft nach § 303 in Widerspruch treten.

ANHANG 1.

Die Stellung der zur Vorbereitung einer Reform des Aktienrechts eingesetzten Kommissionen und der vom Reichsjustizministerium zu diesem Zwecke herausgegebenen Entwürfe zu der behandelten Frage.

Im Anschluß an unsere bisherige Untersuchung, der das heute geltende Recht zur Grundlage dienen mußte, bedarf noch die Stellung der zur Vorbereitung einer Reform unseres heutigen Aktienrechts eingesetzten Ausschüsse und der zu diesem Zwecke vom Reichsjustizministerium vorgelegten Entwürfe einer etwas eingehenderen Berücksichtigung.

Der Ruf nach einer Umgestaltung des Aktienrechts wird bereits kurze Zeit nach Überwindung der Inflationsjahre von verschiedenen Seiten erhoben, die wirtschaftliche Entwicklung der folgenden Jahre läßt die Reformbewegung weiter anschwellen. Als Gründe treten besonders hervor einmal die vorwiegend im letzten Jahrzehnt vor sich gegangene Wandlung in der Wirtschaftsstruktur, insoweit als das isolierte Einzelunternehmen immer mehr zurückgedrängt wird und neuartige Unternehmensverbindungen in den Vordergrund treten, was zu bedeutenden Änderungen der Verwaltungs- und Finanzierungsmethoden geführt hat. Daneben ist es das unsere Zeit auf allen Gebieten kennzeichnende Ringen, den Formen einer individualistischen Zeit neuen Inhalt zu geben, welches die Reform vorwärtstreibt. Praktisch hat bereits der Inhalt der die Aktiengesellschaft betreffenden Vorschriften des HGB. eine starke Wandlung erfahren; die Kluft zwischen den Rechtsvorstellungen der Schöpfer des Gesetzes und dem, was sich heute im Leben als das Recht der Aktiengesellschaften darstellt, ist bedeutend und eine Be-

seitigung durch Anpassung des Gesetzes wünschenswert. Das Problem der Zuzahlungen insbesondere taucht bei diesen Reformbestrebungen im Zusammenhange mit der viel erörterten Frage auf, ob das neue Gesetz die praktisch nicht mehr aufzuhaltende Konzentration von Unternehmen und Kapital durch Ausbau des Rechtsinstituts der Verschmelzung stärker fördern solle [1]).

Ehe wir die Stellung der Reformbewegung zu unserer Spezialfrage prüfen, seien die Hauptdaten angeführt, die ihre Entwicklung kennzeichnen. Nachdem bereits der 33. deutsche Juristentag (September 1924) die dringende Frage der Kapitalbeschaffung im Aktienrecht zur Erörterung gestellt hatte, befaßte sich der 34. deutsche Juristentag mit dem schon weitergreifenden Problem, ob das zukünftige deutsche Aktienrecht sich den Grundzügen des anglo-amerikanischen Rechts anpassen solle. Die von ihm eingesetzte Kommission, die mehrfach im Dezember 1927 und im März und Mai 1928 tagte, gab einen ursprünglich dem 35. deutschen Juristentag erstatteten Bericht heraus, der zu einer der Hauptgrundlagen der amtlichen Entwürfe geworden ist [2]). Insbesondere war er von Einfluß auf den Inhalt einer Reihe von Fragebogen (I—IV März 1929, V—VIII Juni 1929), welche das Reichs-Justiz-Ministerium an die wirtschaftlichen Spitzenverbände, die juristischen Fakultäten und Fachverbände und an die besonderen sich mit aktienrechtlichen Fragen beschäftigenden Vereine versandte. Diese Vorarbeiten fanden ihren Abschluß durch den 1930 erschienenen Vorentwurf des Reichs-Justiz-Ministeriums, um den sich die Kritik und wissen-

1) Man vergleiche zu den Grundfragen: Vorentwurf, Erläuternde Bemerkungen, Einl. S. 93 f.; Bericht d. Kommission des dtsch. Juristent., Allgemeine Einleitg. S. 3—6; Ludewig, „Hauptprobleme der Reform des Aktienrechts" S. 13—16 sowie das eingehende Literaturverzeichnis ebendort S. 176—196; Geiler, „Die wirtschaftlichen Strukturwandlungen und die Reform des Aktienrechts" S. 1—5, S. 12—15 (Finanzierung), S. 16—31 (Organisation) u. S. 33—41 (Konzentration); ferner R. Goldschmidt, a. a. O. S. 1—3.

2) „Bericht der durch den 34. Jur.-Tag zur Prüfung einer Reform des Aktienrechts eingesetzten Kommission" 1928.

schaftliche Erörterung von Einzelfragen nunmehr gruppierte. Der endgültige Regierungsentwurf wurde im Jahre 1931 veröffentlicht, konnte aber den gesetzgebenden Körperschaften infolge der einsetzenden wirtschaftlichen und politischen Umwälzungen nicht mehr vorgelegt werden. Einige brennende Einzelfragen wurden durch die Not.-V.-O. vom 19. 9. 31 vorweg geregelt.

In den genannten Gutachten hat das gesamte Institut der Verschmelzung eine verhältnismäßig eingehende Berücksichtigung gefunden, und auch die Frage der Fusionserleichterung durch Zulassung barer Leistungen wird erörtert. Was den Bericht der Juristentags-Kommission betrifft, so interessieren hier besonders zwei Vorschläge: Es wird einerseits die völlige Streichung der Gläubigerschutzvorschriften des § 306 verlangt, anderseits die Zulassung barer Gegenleistungen in beschränktem Umfange empfohlen. Zur Begründung wird angeführt, die Schutzvorschriften des § 306 seien praktisch undurchführbar. Der Gesetzgeber habe ferner seinerzeit bei der Fusionsregelung nur die Aufsaugung kleinerer Unternehmen durch eine größere A.-G. im Auge gehabt und deshalb lediglich die Gläubiger der aufzulösenden A.-G. geschützt. Heute überwögen aber unbedingt die „koordinierten Zusammenschlüsse", d. h. Vereinigungen von wirtschaftlich gleichbedeutenden Aktiengesellschaften, und infolgedessen sei es reine Zweckmäßigkeitsfrage geworden, welche Gesellschaft als übernehmende A.-G. rechtlich erhalten bliebe. Bei solcher Sachlage aber sei ein Schutz lediglich der Gläubiger der aufzulösenden A.-G. nicht mehr berechtigt; da praktisch ein Schutz beider Gläubigergruppen undurchführbar sei, müsse man auf einen besonderen Gläubigerschutz bei der Fuison überhaupt verzichten. Damit wird bewußt ein wichtiges Stück aus dem Aufbau der gesetzlichen Zwecke herausgenommen, was nicht ohne Einfluß auf die Einstellung zur Frage der Zulassung barer Gegenleistungen bleiben konnte. Im einzelnen wird befürwortet, neben der Aktiengewährung auch die Leistung von Barbeträgen „bis zu 10% des Nennwertes der aufzunehmenden A.-G." zu ge-

statten. (Bericht S. 37 f.) Dabei wird betont, daß bei Ablehnung aller baren Gegenleistungen „über den Spitzenausgleich hinaus“ [3]) die Fusion unnötig sehr erschwert würde, und daß Zuzahlungen in den angegebenen Grenzen dem Geschäft nicht den Charakter einer „Fusion gegen Aktien“ nehmen könnten [4]). Im großen und ganzen auf dem gleichen Boden wie die Kommission des Juristentages steht der Ausschuß des deutschen Anwaltvereins, der zu den Fragebogen des Reichsjustizministeriums besonders eingehend Stellung genommen hat. Zu erwähnen ist, daß er besonders eindringlich darauf hinweist, aus volkswirtschaftlichen Gründen müsse das neue Gesetz die Fusion soweit als möglich erleichtern [5]).

Der Vorentwurf hatte somit keinen Grund, diese Fragen wesentlich anders zu gestalten. Beachtlich ist, daß er in den erläuternden Bemerkungen Seite 129 scharf betont, an der Gewährung von Aktien als einem der begrifflichen Erfordernisse

---

3) Dabei ist offenbar nur an den Spitzenausgleich nach § 290, nicht an einen freien Spitzenausgleich durch Zuzahlungen gedacht.

4) Diese Vorschläge sind nicht unwidersprochen geblieben. Selbst Brodmann (ZHR. 94 S. 31 ff.), der die Schutzvorschriften des § 306 für praktisch wenig wirksam hält, fordert zum wenigsten die Verpflichtung für die übernehmende A.-G., die Gläubiger der aufgelösten A.-G. zur Meldung aufzufordern und auf Verlangen sicherzustellen. Gleichfalls ablehnend Goldschmidt (a. a. O. S. 107—111), der für Beibehaltung der Schutzvorschriften eintritt, daneben aber für „koordinierte Fusion“ Ausbau eines besonderen Rechtsinstituts der „Konsolidation“ (= Zusammenschluß zweier Aktiengesellschaften zu einer neuen A.-G.) empfiehlt. Für völlige Beseitigung der Schutzvorschriften tritt Breit (ZHR. Bd. 95 S. 394) ein. Der Vorschlag, für Zuzahlungen eine feste Grenze zu bestimmen, findet vorwiegend Beifall auch insoweit, als dabei auf den Nennwert der Aktien der aufzulösenden A.-G. abgestellt wird (vgl. Goldschmidt, a. a. O. S. 45 f. und Breit, a. a. O. S. 394); lediglich Brodmann tritt dafür ein, die Zuzahlungshöhe nach dem inneren Wert beider Gesellschaften zu begrenzen.

5) „Zur Reform des Aktienrechts“, Druckschriften des deutschen Anwaltvereins Nr. 20 und 22, 1929.

6) Dunkel ist allerdings der zur Begründung gewählte Satz „Mag es auch vom Standpunkt der übernehmenden Gesellschaft keinen Unterschied bedeuten, in welcher Form die Gegenleistung bewirkt wird, so erfordert doch der Schutz der Interessen der Aktionäre der untergehenden Gesellschaft ein Festhalten an dem bisherigen Rechtszustand.“

der Fusion festhalten zu wollen [6]). Im einzelnen legt er die Höchstgrenze für Zuzahlungen auf 10% des Nennwertes der von der übernehmenden A.-G. zu gewährenden Aktien fest (§ 215 Abs. 2), abweichend von dem Vorschlage der Juristentags-Kommission, der den Gesamtnennwert der Aktien der aufzulösenden A.-G. als Grundlage vorsieht. Die in den „erläuternden Bemerkungen S. 129" gegebene Begründung sowie eine Besprechung des Entwurfs, die C. Schmoelder, einer seiner Bearbeiter, in JW. 1930 S. 2623 ff. veröffentlichte, lassen deutlich erkennen, daß auch die Verfasser des Entwurfs von der völligen Änderung des wirtschaftlichen Charakters der Fusion ausgehen [7]).

Der amtliche (Regierungs-) Entwurf, der 1931 fertiggestellt wurde, hält zwar an der Beseitigung der getrennten Verwaltung fest, verpflichtet aber den Vorstand der übernehmenden A.-G., die Gläubiger der aufgelösten A.-G. öffentlich zur Anmeldung ihrer Forderungen aufzufordern und ihnen, soweit sie sich innerhalb 6 Monaten melden, Sicherheit für ihre noch nicht fälligen Forderungen zu leisten. (§ 215 Abs. 1 und 2.) Man darf daraus schließen, daß damit wieder ein besonderer Schutz der Gläubiger der aufgelösten A.-G. ausdrücklich soweit anerkannt wird, als ihm nicht zwingende wirtschaftliche Notwendigkeiten entgegenstehen, und daß der jeden besonderen Gläubigerschutz scharf ablehnende Standpunkt der Kommissionen des Juristentages und des Anwaltvereins insoweit nicht gebilligt wird.

Von unserem Standpunkte aus wird man die Regelung des amtlichen Entwurfes billigen können; denn er behält anscheinend die Grundauffassung des geltenden Rechtes bei. Es geht aus ihm hervor, daß auch weiterhin grundsätzlich eine liquidationslose Verschmelzung nur dort soll stattfinden können, wo die Gegenleistung in Aktien besteht, wo also das gesellschaftsrechtliche Element des Vorganges einen Ersatz für die suspen-

7) Die hier interessierende Kritik des Vorentwurfs beschränkt sich vorwiegend auf die Frage des Gläubigerschutzes und hat zum Teil Erfolg gehabt. Vgl. Homburger, „Neugestaltung des Aktienrechts" S. 83.

dierten Schutzbestimmungen der Liquidation gewährt[8]). Denn, wenn die besonderen Gläubigerschutzbestimmungen des § 306 beseitigt werden, ist es tatsächlich noch viel weniger als bisher angängig, die Gläubiger der aufgelösten A.-G. lediglich mit der Haftung einer ihnen völlig fremden A.-G. abzufinden. Erst wenn grundsätzlich alle Mitgliedschaftsrechte, die an der aufgelösten A.-G. bestanden, durch solche Rechte an der übernehmenden A.-G. und nicht durch Barabfindung abgelöst werden, kann man es unternehmen, den Gläubigern auch ohne ihr Einverständnis eine rechtlich neue Schuldnerperson aufzuzwingen; denn gerade heute, wo es sich vorwiegend um koordinierte Fusionen handelt, kann man dann mit gutem Recht von einem tatsächlichen Fortleben der alten Schuldnerpersönlichkeit in der übernehmenden A.-G. sprechen. Da ferner nach der neuen Regelung das Vermögen der aufgelösten A.-G. ohne die Möglichkeit einer vorübergehenden Sonderung mit dem Vermögen der übernehmenden A.-G. verschmilzt und dieses nunmehr in seiner Gesamtheit den Gläubigern beider Gesellschaften haftet, muß unbedingt dafür gesorgt werden, daß wenigstens durch den Fusionsvorgang selbst keine beträchtliche Schwächung des Vermögens dieser A.-G., keine „Substanzminderung" erfolgt, welche jede Barabfindung aus diesem Vermögen mit sich bringen würde[9]).

Die speziell die Zuzahlungsfrage berührenden Vorschläge betonen ferner stets, daß Zuzahlungen nur der Erleichterung

8) Dem scheint allerdings der Vorentwurf zu widersprechen, der, wie oben bemerkt, sein Festhalten an der Gewährung von Aktien als einem der begrifflichen Erfordernisse damit begründet, daß nur in diesem Falle die Interessen der Aktionäre der aufgelösten A.-G. in der notwendigen Weise geschützt würden. An das Interesse dieser Aktionäre, ihre Mitgliedschaftsrechte nicht zu verlieren, kann wohl kaum gedacht sein; denn, da sie in qualifizierter Mehrheit dem Fusionsvertrage zustimmen müssen, bedarf dieses Interesse keines Schutzes. Sollte nicht doch die Notwendigkeit, die Gläubiger dieser A.-G. zu schützen, der Grund für diese Regelung gewesen sein, und vielleicht nur ein Versehen im Text der Begründung des Vorentwurfs vorliegen?

9) Die Tatsache, daß nach dem amtlichen Entwurf die übernehmende A.-G. den Gläubigern der aufgelösten A.-G. auf Verlangen Sicherheit leisten muß, mildert

der rechnerischen Durchführung der Fusion dienen sollen[10]). Das deckt sich mit unseren Ergebnissen für das geltende Recht, da mit solcher Erleichterung der rechnerischen Durchführung stets eine Verringerung der Anzahl der infolge zu geringen Aktienbesitzes völlig ausfallenden Aktionäre notwendig verbunden ist. Bei dieser Gelegenheit ist noch auf die Stellung der Entwürfe zum Spitzenausgleich zurückzukommen. Wenn z. B. im Bericht der Juristentagskommission S. 38 festgestellt wird, man wolle „Geldzahlungen über den Spitzenausgleich hinaus zulassen", so ist damit offenbar nur an den Spitzenausgleich nach § 290 HGB. gedacht, nicht aber an einen freien Spitzenausgleich durch Zuzahlungen, den man also nach geltendem Recht nicht zuläßt. (Das zeigt deutlich auch die Formulierung des Anwaltvereins, a. a. O. S. 89.) Dieser Spitzenausgleich nach § 290 führt allerdings notwendig zu Barzahlungen, die aber niemals „Zuzahlungen der übernehmenden A.-G." sind. Trifft diese Auffassung zu, dann würde die neue Regelung den u. E. nach geltendem Recht nur in seltenen Ausnahmefällen zulässigen freien Spitzenausgleich durch Zuzahlungen ebenfalls nicht weiter ausdehnen. Dafür spricht schließlich auch die Festsetzung der Höchstgrenze für die Zuzahlungen auf Grund der Gesamtsumme der gewährten Aktien; es wäre damit der Gesellschaft zwar für die stets doch nur einen geringen Teil der Umtauschvorgänge berührenden Fälle, in denen Spitzenausgleich notwendig ist, eine verhältnismäßig große Bewegungsfreiheit gelassen; da aber bei diesem Verfahren sich die Gesamthöhe der Zuzahlungen im voraus gar nicht bestimmen läßt, würde die Abwicklung desselben außerordentlich schwierig sein.

---

allerdings die Notwendigkeit, jeden derartigen Substanzverlust zu verhüten, macht aber eine solche Verhütung in Zukunft nicht mehr, wie vielleicht die augenblickliche gesetzliche Regelung, völlig entbehrlich.

10) Bericht der Juristentagskommission S. 38, Antworten des Anwaltvereins S. 89 zu Frage 62, Brodmann in ZHR. Bd. 94 S. 81, ferner auch C. Schmoelder in JW. 1930 S. 2632 Sp. 2, der allerdings als Zweck der Zuzahlungen vielleicht auch den freien Spitzenausgleich im Auge hat.

So weist gerade die Lösung des Entwurfs vorwiegend auf den Weg, den wir auch nach geltendem Recht für den allein gangbaren halten, nämlich Herstellung eines erträglichen Umtauschverhältnisses durch beschränkte Zuzahlungen von seiten der übernehmenden A.-G. und Ausgleich der dann noch etwa unvermeidbaren Spitzen im Wege des in § 290 HGB. geregelten Verfahrens.

ANHANG 2.

Allgemeine Angaben und Fusionsbeispiele.

I. Die Entwicklung der Aktiengesellschaften in Deutschland zeigt nachstehende Aufstellung. Eine amtliche Erhebung über die Aktiengesellschaften wird im Deutschen Reich erst seit dem Jahre 1907 geführt; die älteren Zahlen stammen aus privaten Zusammenstellungen. Die Höhe des Durchschnittskapitals gibt in etwa die Bewegung zur Zusammenfassung zu größeren Unternehmungen wieder; durch die Inflationszeit und die folgende Umstellung der Gesellschaften auf RM. wird das Bild stark beeinflußt. Auch ist zu beachten, daß sich die Konzentrationsbewegung keineswegs vorzugsweise der Rechtsform der Fusion bedient hat.

Aufstellung 1.

Bestandsstatistik der Aktiengesellschaften in Deutschland.

	Jahr	Anzahl der Gesellschaften	Nominalkapital in Millionen	Durchschitts-Kapital pro Gesellschaft
[1])	1887	2143	4876	2275000.—
[2])	1891	3124	5771	1847000.—
[2])	1896	3712	6846	1844000.—
[2])	31. 12. 1902	5186	11998	2308000. -
[2])	31. 12. 1906	5050	13767	2726000. -
[3])	30. 9. 1909	5222	14723	2820000.—
[3])	1912	5422	17100	3155000.—
[3])	1915	5504	18000	3270000.—
[3])	1918	5609	19700	3510000.—
[3])	1920	5657	2902	5126000.—
[3])	1922	9499	—	—
[3])	1923	16362	—	—
[3])	1924	17074	—	—
[4])	31. 12. 1925	13010	19121	1469700.—
[4])	„ „ 1926	12343	20655	1673400.—
[4])	„ „ 1927	11966	21542	1800200.—
[4])	„ „ 1928	11690	22885	1957600.—
[4])	„ „ 1929	11344	23728	2091700.—
[4])	„ „ 1930	10970	24189	2205000.—
[4])	„ „ 1931	10437	24653	2362100.—

1) Aus „Handwörterbuch der Staatswissenschaften“ 2. Aufl. Bd. 1, S. 194: van der Borgh, „Statistik der deutschen A.-G.“

2) Aus „Vierteljahrshefte zur Statistik des Deutschen Reichs. 1921, Heft IV S. 142.

3) Aus Schmalenbach „Finanzierungen“ S. 86 f.

4) Aus „Wirtschaft und Statistik“ Bd. 1931 S. 210 u. 1932 S. 153.

Aufstellung 2.

(Anzahl der Fusionen)

(aus den Vierteljahrsheften zur Statistik des Deutschen Reiches).

Jahr	Zahl der wegen Fusion gelöschten Aktiengesellschaften		Höhe des Nominalkapitals
	Fusion mit Liquidation	Fusion ohne Liquidation	
1907	3	24	78998000.-
1908	1	10	40912000.-
1909	1	12	60325000.-
1910	1	25	136378000.-
1911	—	21	66660000.-
1912	1	15	31878000.-
1913	2	22	114915000.-
1914	1	13	262438000.-
1915	—	5	36555000.-
1916	—	13	48936000.-
1917	1	36	307459000.-
1918	1	41	106464000.-
1919	2	37	131611000.-
1920	3	54	351595000.-
1921	3	60	185779000.-
1922	1	56	959390000.-
1923	—	71	3610136000.-
1924	[1]) —	1 (47)	200000.-
1925	[1]) 1 (2)	38 (68)	508087000.-
1926	[1]) 2	89 (90)	342583000.-
1927	[2])	134	486025000.-
1928	„	65	146353000.-
1929	„	77	429994000.-
1930	„	[3]) 78	ca. 277000000.-
1931	„	[3]) 37	ca. 156000000.-
1932	„	[4]) 33	115906000.-

1) Fusionen der auf RM. umgestellten Gesellschaften; die Gesamtzahl der Fusionen einschließlich der auf Papiermark lautenden, ist eingeklammert.

2) Von 1927 an enthält die Statistik des Deutschen Reiches keine Kennzeichnung der Fusion mit Liquidation.

3) Diese Zahlen sind errechnet aus den Monatsübersichten in „Wirtschaft und Statistik".

4) Errechnet aus „Wirtschaft und Statistik" für die Monate Januar—September 1932.

II. Das Ansteigen der Fusionen in Deutschland ist aus der nachstehenden Aufstellung 2 zu ersehen. Auch dieser Vorgang wurde durch die amtliche Statistik erst seit dem Jahre 1907 erfaßt.

III. Fusionsbeispiele.

1. Beispiele barer Gegenleistungen, die auch vom Standpunkte dieser Darstellung aus rechtlich nicht zu beanstanden sind.

a) Bare Leistungen zum Dividendenausgleich:

Fusion der Pfälzischen Bank A.-G. (übernehmende A.-G.) mit der Süddeutschen Bank A.-G. Umtauschverhältnis 6 : 5 + 10% bar. (Neben 5 Aktien der Pfälzischen Bank erhielt jeder Aktionär beim Umtausch eine Zuzahlung in Höhe von 10% gegen Vorlegung des Dividendenscheins für das Jahr 1911. (Mitgeteilt bei Fix „Fusion von Aktiengesellschaften", Diss. Frankfurt 1928, S. 88 u. S. 14).

Fusion des Norddeutschen Lloyd, Bremen (übernehmende A.-G.) mit 1) Rolandlinie A.-G. Bremen, 2) Hamburg-Bremer-Afrika Linie A.-G. Bremen, 3) mit Dampfschiffahrts-Reederei Horn A.-G. Lübeck. Das Umtauschverhältnis war festgesetzt: im Falle 1) auf 4 : 5 + 4% bar (für 4 Aktien je 100.- RM. der Rolandlinie gab der Norddeutsche Lloyd 5 eigene Aktien je 100.- RM. und dazu je Aktie der Rolandlinie 5.- RM. bar.); im Falle 2) auf 1 : 1 + 5% bar (für 5 Aktien der Hamburg-Bremer-Afrika-Linie je 20.- RM. gab der Lloyd 1 Aktie zu 100.- RM. und dazu 5 RM. bar.); im Falle 3) auf 4 : 5 + 4% bar (gegen 4 Horn-Aktien je 300.- RM. wurden 15 Lloyd Aktien je 100.- RM. nebst einer Zuzahlung von 60.- RM. gewährt.) Die Barvergütungen sind zwar nicht ausdrücklich als Zahlungen zum Dividendenausgleich bezeichnet, doch läßt ihre Höhe darauf schließen. (Mitgeteilt in Schmalenbach „Finanzierungen" S. 131 An. 1 und bei Goldschmidt a. a. O. S. 39 f.)

Fusion der A.-G. Weser in Bremen (übernehmende A.-G.) mit der J. C. Tecklenborg A.-G. im Jahre 1926. Für 1 Aktie von 1000.- Papiermark Nennwert der J. C. Tecklenborg A.-G. wurden nominell 340.- RM. in Aktien der Weser A.-G. gewährt nebst einer Zuzahlung in Höhe von 20.- RM. Es ist allerdings nicht sicher, daß es sich hier tatsächlich um eine Zahlung zum Dividenden-Ausgleich handelt; bemerkenswert ist, daß wegen dieser Barzahlung die Zulässigkeit des Fusionsvertrages vor seiner Eintragung von seiten der Genußscheinsinhaber der Tecklenborg A.-G. beanstandet wurde. (Vergl. Schmalenbach „Finanzierungen" S. 131 An. 1 und S. 133 An. 1.)

b) Bare Gegenleistungen zur Herbeiführung eines glatten Umtauschverhältnisses.

Fusion des Schaaffhausen'schen Bankvereins (übernehmende A.-G.) mit der Westdeutschen Bank A.-G. im Jahre 1904 Umtauschverhältnis 3 : 2 + 9% bar (für 9000.- M. in Aktien der Westf. Bank A.-G. wurden 8000.- M. in Aktien des Schaaffhausen'schen Bankvereins gewährt nebst einer Zuzahlung von 180.- M.)

Fusion der Rheinisch-Westfälischen Diskonto-Gesellschaft (übernehmende A.-G.) mit der Westfälischen Bank A.-G. (1905). Umtauschverhältnis: 9 : 8 + 4% bar (für 9000.- M. in Aktien der Westf. Bank A.-G. wurden 8000.- M. in Aktien der Rhein.-Westf.-Disconto-Ges. gewährt nebst 320.- M. bar; dazu wurden gegen Aushändigung der Gewinnanteilscheine noch 480.- M. = 6% als Dividendenausgleich vergütet. Mitgeteilt bei Schmalenbach „Technik der Fusionen" S. 58 An. 2.)

Fusion des Halleschen Bankvereins mit dem Weißenfelser Bankverein (1907). Umtauschverhältnis: 5 : 4 + 6¼% bar (für nom. 3000.- M. in Aktien des Weißenfelser Bankvereins wurden nom. 2400.- M. in Aktien des Halleschen Bankvereins nebst einer Barzahlung von 150.- M. gewährt.) Die Vergütung könnte hier allerdings auch zum Zwecke des Dividendenausgleichs festgesetzt sein. (Mitgeteilt bei Schmalenbach „Technik der Fusionen" S. 58 An. 2.)

Fusion des Eisen- und Stahlwerks Hoesch A.-G. (übernehmende A.-G.) mit dem Limburger Fabrik- und Hüttenverein (1907). Umtauschverhältnis: 5 : 3 + 5% bar (für nom. 7500.- M. in Aktien des Limburger Fabrik- und Hüttenvereins wurden nom. 4500.- M. in Hoesch-Aktien gewährt nebst einer Zuzahlung von 225.- M. in bar; dazu wurde als Dividendenausgleich für das Geschäftsjahr 1906/7 eine Barabfindung von 7½% festgesetzt.) (Mitgeteilt bei Schmalenbach „Technik der Fusionen" S. 58.)

Fusion der Siegener Maschinenbau A.-G. (übernehmende A.-G.) mit der Maschinenbau A.-G. vorm. Gebr. Klein in Dahlbruch. (1927) Umtauschverhältnis 3 : 1 + 6% bar (für nom. 3000.- RM. Klein-Dahlbruch-Aktien wurden nom. 1000.- RM. Siegener Maschinenbau-Aktien nebst einer Barvergütung von 60.- RM. gewährt). Man kann in dieser Zahlung vielleicht auch eine zulässige Vergütung für den Dividendenausfall sehen. (Mitgeteilt in Schmalenbach „Finanzierungen" S. 131 An. 1.)

Weitere Beispiele finden sich bei Fix a. a. O. S. 88 unter a), d) und e). sämtlich aus den Jahren 1904 und 1905.

c) Barzahlungen zum unmittelbaren Spitzenausgleich bei komplizierten Umtauschverhältnissen.

Fusion der A.-G. für Bergbau, Blei- und Zinkfabrikation zu Stolberg und in Westfalen (übernehmende A.-G.) mit der Rheinisch-Nassauischen Bergwerks- und Hütten A.-G. (1926). Dort wurde neben den Umtauschaktien für Spitzenbeträge von nom. 100.- RM. eine Barvergütung von 65.- RM. gewährt. Vergl. Schmalenbach „Finanzierungen" S. 131.

Auch bei den Fusionen im Wintershall-Konzern im Jahre 1926 wurde für die Kali-Industrie-Aktien der Spitzenausgleich in der Weise geregelt, daß entweder die

Aktionäre die Differenz zuzahlten oder für die Spitze eine Barvergütung erhielten, für die ein Kurs von 140% vereinbart wurde. (Vergl. Schmalenbach ebendort.)

Es sei bemerkt, daß nach unserer Darstellung dies Verfahren des Spitzenausgleichs nur anzuwenden ist, wenn die besonderen Interessen der Aktionäre der aufgelösten A.-G. es verlangen.

2. Beispiele barer Gegenleistungen, die nach der obigen Darstellung rechtlich nicht zulässig wären.

Fusion der Osnabrücker Bank A.-G. (übernehmende A.-G.) mit der Emdener Bank A.-G. im Jahre 1907. Umtauschverhältnis: 1 : 1 + 25% in bar. (Für nom. 6000.- M. in Aktien der Emdener Bank wurden nom. 6000.- M. der Osnabr. Bank nebst einer Zuzahlung von 1500.- M. gewährt; dazu wurde eine Vergütung von 9% für den Dividendenausfall festgesetzt.)

Fusion der Dresdener Bank A.-G. Dresden (übernehmende A.-G.) mit der Deutschen Genossenschaftsbank von Soergel, Parisius & Co. Frankfurt a. M. (1904). Umtauschverhältnis: 3 : 2 + 18¾% bar. (Für nom. 1800.- M. in Aktien der Genossenschaftsbank wurden nom. 1200.- M. in Aktien der Dresdener Bank nebst einer Barzahlung von 225.- M. gewährt). Nach unserer Auffassung hätte an sich ein Umtauschverhältnis von 4 : 3 + 5⅝% bar vereinbart werden müssen; jedenfalls würde zur Schaffung eines glatten Umtauschverhältnisses eine höhere Barzahlung nicht nötig gewesen sein. Bedenkt man allerdings, daß nach dem Fusionsvertrage die Zuzahlung gleichzeitig eine Abfindung für die im Geschäftsjahr 1903/4 entfallende Dividende enthalten soll, so kann, besonders wenn für die Aktionäre der Genossenschaftsbank eine hohe Dividende zu erwarten war, die Höhe der eigentlichen baren Gegenleistung unter Umständen auch hier in den zulässigen Grenzen geblieben sein. Da ferner nicht nur die Umtauschaktien (20 Mill. M.) sondern darüber hinaus auch die zur Zuzahlung benötigten 3 750 000.- M. im Wege der Kapitalserhöhung beschafft wurden, kann gegebenenfalls die genannte Barzahlung auch nach unserer Ansicht noch zulässig gewesen sein. (Mitgeteilt bei Däbritz „Die Fusion von Aktiengesellschaften", Diss. Leipzig S 30 An. 1. Ziffer 1.)

Fusion der Phönix A.-G. für Bergbau und Hüttenbetrieb, Duisbugr-Ruhrort (übernehmende A.-G.) mit Steinkohlenbergwerk Nordstern A.-G. Essen (1906). Umtauschverhältnis: 1 : 1 + 200% bar. (Für nom. 1200.- M. Nordstern-Aktien wurden nom. 1200.- M. Phönix-Aktien nebst einer Barzahlung von 2400.- M. gewährt. (Mitgeteilt bei Däbritz, ebendort.)

Fusion der Nationalbank A.-G. Berlin (übernehmende A.-G.) mit der Holsten-Bank A.-G. Neumünster im Jahre 1921. Umtauschverhältnis: 1 : 1 + 35% bar.

(Mitgeteilt im Deutschen Reichsanzeiger vom 6. 3. 1921 sowie bei Junck in LZ. 1924 Sp. 490.)

Fusion der Linke A.-G. (übernehmende A.-G.) mit der Hoffmann A.-G. (1912). Umtauschverhältnis: 1 : 1 + 40% bar. (Mitgeteilt bei Fix a. a. O. S. 88.)

3. Beispiele für die Gewährung eines Wahlrechts an die Aktionäre der aufgelösten A.-G. (Nach der herrschenden Lehre sind derartige Abmachungen im Fusionsvertrage nur dann unschädlich, wenn tatsächlich alle Aktionäre Aktien wählen.)

Fusion der Aquila A.-G. für Handels- und Industrie-Unternehmungen (übernehmende A.-G.) mit der Bahnbedarfs A.-G. (1926). Umtauschverhältnis 4 : 1, wobei den Aktionären der Bahnbedarfs A.-G. freigestellt wurde, statt dessen Barabfindung in Höhe von 30% des Nominalwertes ihrer Aktien zu wählen.

Ähnlich bei der Fusion der Karaus Farben- und Öl-Werke Düsseldorf mit der Heyl und Beringer Farbenfabrikation A.-G. (übernehmende A.-G.) im Jahre 1927. Dort wurde im Fusionsvertrage beschlossen, für die nicht umgetauschten Karaus-Aktien eine Barabfindung zu gewähren. Man könnte darin unter Umständen allerdings auch nur die Festsetzung eines Spitzenausgleichsverfahrens durch unmittelbare Barabfindung sehen, welche nicht immer unzulässig sein müßte. (Beide Beispiele mitgeteilt bei Schmalenbach „Finanzierungen" S. 127 An. 2.)

4. Beispiel für den Ausgleich eines komplizierten Umtauschverhältnisses durch freiwillige Zuzahlungen der Aktionäre der aufgelösten A.-G.

Fusion der Rheinisch - Westfälischen - Disconto - Gesellschaft (übernehmende A.-G.) mit dem Neuwieder Bankverein im Jahre 1905. Umtauschverhältnis 1 : 1, es mußten aber zu den Neuwieder Aktien 60.- M. (bzw. 65.- M. zu solchen Aktien einer jüngeren Emission) je Aktie zugezahlt werden. Ein weiteres Beispiel findet sich bei Schmalenbach „Finanzierungen" S. 132 An. 1.

Lebenslauf.

Ich bin am 12. März 1903 als Sohn des Oberlehrers (Studienrates) Friedrich Jacobs zu Gevelsberg in Westfalen geboren, evangelisch und besitze die preußische Staatsangehörigkeit. Von Ostern 1909 bis Ostern 1912 besuchte ich die Volksschule, von Ostern 1912 bis März 1917 das Realgymnasium zu Gevelsberg. Nach zweijähriger, durch Krankheit veranlaßter Unterbrechung nahm ich den Besuch des Realgymnasiums Ostern 1919 wieder auf und bestand am 9. März 1923 zu Gevelsberg die Reifeprüfung. Bis zum 31. Juli 1926 war ich sodann als kaufmännischer Lehrling und kaufmännischer Angestellter tätig. Am 30. Oktober 1926 begann ich das Studium der Rechtswissenschaft an der Universität Köln, ich studierte sodann vom 12. Mai 1927 bis zum 1. August 1927 an der Universität Tübingen und vom 1. November 1927 bis zum 11. März 1932 an der Universität Münster, insgesamt 11 Semester. Am 5. März 1932 bestand ich am Oberlandesgericht zu Hamm i/Westfalen die Referendarprüfung. Die mündliche Doktorpüfung fand am 29. Juli 1933 statt.